

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مَجَـلَّة

الشريعة والقانــون



« حولية مُحَكَّمَة »

مكانة الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي.

توزيع الاختـصـاصـات في النظام الاتحـادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية.

التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤوليـة عن الفعل الضار والدية .

أصناف المدنيين الحـربيين وحكم قتلهم حـال اعتـزالهم الحرب.

العدد الحادي عشر محرم/ ١٤١٩هـ -إبريل ١٩٩٨م


بسم الله الرحمن الرحيم

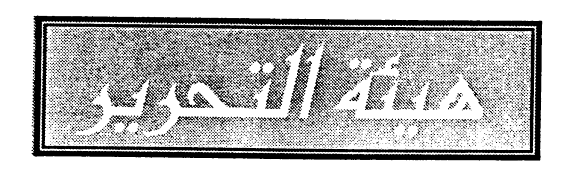
بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ﴾

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي:

دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة -
كلية الشريعة والقانون - العين - ص.ب ١٥٥٥١ - هاتف ٦٤٣٩٩٨


هيئة التحرير

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحتة لا علاقة لها بقيمةالبحث العلمية ولا بمكانة الباحث ..

المحتويات

- أهداف المجلة وقواعد النشر ١١-١٢
- تصدير

  للأستاذ الدكتور رئيس التحرير ١٣

البحوث والدراسات المحكّمة:

- مكانة الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي

  للأستاذ الدكتور محمود أحمد أبوليل.......................... ١٧-٨٤
- توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية

  للدكتور هادف راشد العويس ٨٥-١٧٣
- التعويض عن وفاة العامل وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية

  للدكتور جاسم علي سالم الشامسي.......................... ١٧٥-٢٣٣
- أصناف المدنيين الحربيين وحكم قتلهم حال اعتزالهم الحرب

  للدكتور حسن عبدالغني أبو غدة ٢٣٥-٣٠٣

الجزء الخاص بعرض المبادىء القضائية والمؤلفات العلمية:

- الجمع بين الدية والتعويض في قضاء المحكمة الاتحادية العليا

  عرض الأستاذ أسيد محمد أديب كيلاني ٣٠٧-٣١٤
- عرض لكتاب (الحاسوب والقانون)

  للأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة ٣١٥-٣٢٧



أهداف المجلة

و

قواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

٣ - يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث. وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٤ - ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية. مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥ - يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦ - أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧ - أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح. وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.

٨ - يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

٩ - يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٠ - يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١١ - تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

١٢ - يراعى في أولوية النشر مايلي :

أ - الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.

ب - تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ - تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

أحمده تبارك وتعالى، وأصلي وأسلم على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين.

أما بعد: فيسعدني أن أقدم، للقراء الأعزاء، العدد الحادي عشر من مجلة كلية الشريعة والقانون. وقد نحينا فيه منحىً ثابتاً وآخر جديداً، أما المنحى الثابت فهو الجمع بين الأبحاث الشرعية والقانونية والتعليق على الأحكام القضائية تأكيداً لهوية المجلة كأداة للنشر العلمي الأصيل في مجال الدراسات الشرعية والقانونية.

وأما المنحى الجديد فهو يتمثل في ثلاثة أمور: الأول: فتح باب الاشتراك في المجلة بعد أن لمسنا تزايد الطلب عليها في الداخل والخارج، وذلك برسوم يسيرة عملاً على نشرها على أوسع نطاق ممكن، وخدمة للعلم والعلماء. الثاني: استحداث باب جديد يتضمن عرضاً مختصراً لأهم الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإماراتي في موضوع معين. الثالث: عرض مركز ومختصر لأحد المؤلفات التي تتناول أحد الموضوعات الهامة من الناحيتين العلمية والعملية.

وبذلك تبدو المجلة -في هذا العدد- في صورة جديدة جمعت بين البحوث الشرعية والقانونية، والتعليق على الأحكام القضائية، وعرض أهم المبادىء القضائية، وبسط الأفكار الرئيسية لأحد المؤلفات العلمية. وهو طابع جديد وسمة فارقة جعلتنا نفتح باب الاشتراك فيها.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً، وأن تزداد المجلة انتشاراً ورسوخاً ضمن المجلات العلمية المتميزة.

والله ولي التوفيق،،،

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة



البحوث والدراسات المحكَّمة



بسم الله الرحمن الرحيم

مكانة الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي

إعداد

الأستاذ الدكتور محمود أحمد أبو ليل *

* أستاذ السياسة الشرعية بقسم الدراسات الأساسية بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الأمين، سيدنامحمد، إمام المجتهدين وقدوة المفتين ومرجع الموقعين عن رب العالمين، أكمل الله به الدين وأتم به النعمة، وختم به النبوة، ليفتح لعلماء أمته باب الاجتهاد في الدين، انطلاقاً من قواعده الثابتة والتزاماً بضوابطه الحاكمة وأصوله المعتبرة، وتوخياً لمقاصده السامية في حفظ المصالح ودرء المفاسد وإحقاق الحق وإزهاق الباطل، وبعد:

فمما لا ريب فيه أن الاجتهاد ركن عظيم في الشريعة الإسلامية ومفخرة من مفاخرها الخالدة، به تتجدد حيويتها، ويستمر عطاؤها ونماؤها، وينبسط ظلها الوارف على كل مجالات الحياة ومستجداتها، على نحو يحقق الانسجام والطواعية الكاملين بين الناس وبين أحكامها الخيرة.

والاجتهاد الجماعي هو الطريق الأمثل لاستنباط الأحكام، وكشف الشبهات، وتلمس الرشاد والسداد في مواجهة الغوامض والمعضلات.

وهو بلا امتراء أدنى إلى الحق، وأقرب للصواب، وأدعى للثقة والاطمئنان، وأدخل في باب الشورى والتعاون على البر والتقوى من اجتهاد الأفراد على حدة واستقلال.

وهذا البحث الذي أقدم، وإن كان موضوعه مختصاً بالاجتهاد الجماعي، إلا أني رأيت أنه لابد لإيفائه حقه من الحديث أولاً عن مشروعية الاجتهاد مطلقاً فرديه وجماعيه، ثم عن أهمية الاجتهاد الجماعي وحجيته. وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول : مشروعية الاجتهاد بشكل عام وأهميته.

المبحث الثاني : أهمية الاجتهاد الجماعي وتاريخه وضرورته اليوم.

المبحث الثالث : حجية الاجتهاد الجماعي.

الخاتمة : وتتضمن خلاصة البحث وبعض المقترحات.

والله نسأل أن يلهمنا الرشاد ويهدينا سواء الصراط إنه سميع مجيب.

المبحث الأول
مشروعية الاجتهاد بشكلٍ عام وأهميته

إن مما يقتضي التنويه أن الاجتهاد والجهاد مصطلحان توأمان ينسلان من مادة واحدة هي مادة «الجهد» بفتح الجيم وضمها، ومعناها بفتح الجيم (الجَهْد) المشقة، وبضمها (الجُهْد) الطاقة، ومن الأول قوله تعالى: ﴿وأقسموا بالله جَهْد أيمانهم﴾[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم «فغطني حتى بلغ مني الجَهْد» ومن الثاني قوله تعالى: ﴿والذين لايجدون إلا جُهْدهم..﴾[2] وبذل أقصى الطاقة يستلزم المشقة.

جاء في لسان العرب: الاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود. وعلى هذا يقال: اجتهد في الأمر أي بذل وسعه وطاقته في طلبه ليبلغ مجهوده ويصل إلى نهايته، سواء أكان هذا الأمر من الأمور الحسية المادية كالمشي والعمل أم من الأمور الفكرية والمعنوية كاستخراج حكم أو نظرية شرعية أو عقلية أو غيرها[3].

---

(١) سورة الأنعام -آية ١٠٩.

(٢) سورة التوبة -آية ٧٩.

(٣) راجع في ذلك مادة (جهد) في لسان العرب والقاموس المحيط وتاج العروس وغيرها من المعاجم.

فالاجتهاد والجهاد كلاهما بذل للمجهود، واستفراغ للوسع في خدمة المسلمين وإعلاء كلمة الدين؛ الاجتهاد عملية فكرية نظرية تكشف هدى الدين، والجهاد سلوك عملي لحماية هذا الدين وتسهيل نشره بين العالمين، الاجتهاد تقوية ونصرة للأمة بالبناء الداخلي والجهاد تقوية بالدفاع الخارجي، فكلاهما ضروري لحياة المجتمع، وهما مفهومان متكاملان، لاسيادة للأمة ولاشخصية لها ولا ارتقاء بدون اصطحابهما جنباً إلى جنب في مسيرة حياتها وطريق نهضتها[1].

وقد استعمل القرآن الكريم مادة «النفر» للتفقه في الدين والقتال في سبيل الله في سياق واحد، مما يشي بتلازمهما وضرورتهما معاً لحياة المجتمع ونهضته، قال تعالى: ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون﴾[2].

فالنفر للفقه في الدين واجب كفائي، وتنكير « الطائفة» التي تنفر لذلك في الآية السالفة مؤذن بهذا، وصيغة « التفقه» دالة على تكلف حصول الفقه أي الفهم في الدين -كما يوضح ذلك الشيخ ابن عاشور في تفسيره، وذلك يشعر« أن فهم الدين أمر دقيق المسلك لايحصل بسهولة ولذلك جاء في الحديث الصحيح : من يُرد الله به خيراً يفقهه في الدين[3] ، ولذلك جزم العلماء بأن الفقه أفضل العلوم».

وقد قارن الشيخ ابن عاشور بين أهمية الجهاد وأهمية التفقه والاجتهاد للأمة

(١) انظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. يوسف القرضاوي، ص٥ - ط دار القلم ١٩٨٥م.

(٢) سورة التوبة - آية ١٢٢.

(٣) رواه الإمام أحمد عن أبي هريرة وأحمد والبخاري ومسلم عن معاوية ورواه الدارمي والترمذي- انظر : الجامع الكبير ٨٤٣/١.

الإسلامية فقال في معرض تفسيره للآية المذكورة: «وإذ كان من مقاصد الإسلام بث علومه وآدابه بين الأمة وتكوين جماعات قائمة بعلم الدين وتثقيف أذهان المسلمين كي تصلح سياسة الأمة على ماقصده الدين منها، من أجل ذلك عقب التحريض على الجهاد بما يبين أن ليس من المصلحة تمحض المسلمين كلهم لأن يكونوا غزاة أو جنداً، وإن ليس حظ القائم بواجب التعليم دون حظ الغازي في سبيل الله من حيث إن كليهما يقوم بعمل لتأييد الدين، فهذا يؤيده بتوسع سلطانه وتكثير اتباعه والآخر يؤيده بتثبيت ذلك السلطان وإعداده لأن يصدر عنه مايضمن انتظام أمره وطول دوامه فإن اتساع الفتوح وبسالة الأمة لايكفيان لاستبقاء سلطانها إذا هي خلت من جماعة صالحة من العلماء والساسة وأولي الرأي المهتمين بتدبير ذلك السلطان»[1]. فالاجتهاد نظير للجهاد في أهميته وكونه من فروض الأمة الأساسية[2].

وإذا كان القرآن قد استعمل كلمة الجهاد مراراً وتكراراً بينما لم يستعمل كلمة الاجتهاد وما يتعلق بها من مصطلحات ككلمات: فقيه ومجتهد واستحسان ومصالح مرسلة ونحوها فما ذلك إلا لأن هذه المصطلحات لم تظهر ولم تتبلور إلا بعد القرن الأول، وحين بدأ عهد التدوين والتقعيد ووضع الاصطلاحات الشرعية وإبرازها تباعاً في أزمان متفاوتة. ولكن معانيها وحقائقها كانت مبثوثة في آيات القرآن الكريم وأحاديث السنة النبوية، مثلما كانت مغروسة في نفوس الصحابة والتابعين، ماثلة في

---

(١) انظر: تفسير التحرير والتنوير للشيخ ابن عاشور ٥٩/١١ ومابعدها الدار التونسية للنشر، وانظر: بحث الاجتهاد الجماعي في تونس والمغرب والأندلس، د.محمد أبو الأجفان، ص٦، من بحوث ندوة الاجتهاد الجماعي التي عقدت بجامعة الإمارات العربية المتحدة في شهر ديسمبر ١٩٩٦م.

(٢) انظر: الاجتهاد، د. عبد المنعم النمر، ص٦٣، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٨٧م.

أذهانهم، سارية في تفكيرهم واجتهادهم[1].

إن الاجتهاد -بلا ريب- ضرورة من ضرورات الأمة ولازم من لوازم الشريعة الخاتمة الخالدة، وهو النهر الفياض الذي يسقي حديقة الفقه بمائه العذب لتظل أشجارها باسقة وثمارها يانعة تأوي النفوس إلى أفيائها، وتستريح إلى نضرتها وبهائها.

وهو الروح الذي يظل به التشريع حياً نامياً غضاً طرياً لا تتصلب شرايينه على مر الأيام، ولا يجف رواؤه على كر الأعوام، فيه للأفراد والمجتمع دواء لكل داء، ورتق لكل فتق، وجبر لكل كسر، وجواب لكل سؤال، وحل لكل إشكال يقذف به نهر الحياة المتدفق الهادر.

وهو السبيل الأمثل لبيان مقومات الشريعة ومرتكزاتها الحضارية ورسالتها الإصلاحية، وقدرتها على تغطية الأحداث المستجدة بالأحكام المناسبة باستمرار ومتابعة وكفاءة ومواءمة من خلال الاجتهاد القياسي والمصلحي والاستحساني، وعن طريق الاستثمار الواعي للنصوص الشرعية ومعطياتها المختلفة، واستنباط مقاصدها ومراميها واستكشاف آفاقها الرحبة، واستهلاك طاقاتها في سائر دلالتها النصية والعقلية، دون الجمود على معانيها الحرفية ومدلولاتها اللفظية المجردة، فضلاً عن التحليل الدقيق للوقائع وتشخيصها، وسبر أغوارها وأبعادها، وملاحظة الظروف والملابسات التي تحف بها، وتقديرها وتبين ما قد ينشأ عنها من دلائل تكليفية خاصة، وصولاً لمعرفة القواعد التي تنطبق عليها والأحكام التي تصلح لها.

(١) المرجع السابق، ص٦٥. الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه، سيد محمد الأفغانستاني، ص٥٤ - ٥٥، دار الكتب الحديثة، سنة ١٩٧٢م.

إن الله عز وجل جعل الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع كلها، وأنزلها لتكون منهاجاً للبشرية جمعاء في كل الأعصار والأمصار إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فاقتضى ذلك أن تأتي في ميدان التشريع -في جوانب كثيرة- بقواعد عامة مرنة ومعالم فسيحة، لا تختلف من أمة إلى أمة، ولا في زمان عن زمان، وتفتح للعلماء باب الاجتهاد في التفصيلات والتفريعات مع الاستهداء بنور الشريعة وروحها والمحافظة على مقاصدها وعدم التعدي لقواطعها وحدودها التي تعتبر فواصل حاسمة بين الخير والشر والحلال والحرام، وبهذا تبقى الشريعة مزدهرة متجددة وافية شافية مهما تطورت بالناس الظروف واعترتهم من وقائع وأحداث وعرض لهم من شؤون تموج بها حياتهم في يومهم وغدهم، نتيجة للتقدم العلمي وارتقاء مفاهيم الحضارة وتقارب المسافات وتواصل المجتمعات، وبهذا يكون المسلمون في فسحة من دينهم وسعة من أمرهم، فلا يجدون حرجاً في تدبير شؤون مجتمعهم، ولا يضيقون بحادثة أو حاجة، ولا يقصرون عن تحقيق أية مصلحة جادة، ولا عن مواكبة روح العصر ومسايرة الزمن في تطوراته[1].

الاجتهاد ضروري لتحقيق المناط :

يقول الإمام الشاطبي: «الاجتهاد على ضربين: أحدهما لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف وذلك عند قيام الساعة، والثاني يمكن أن ينقطع قبل فناء الدنيا، فأما الأول فهو الاجتهاد المتعلق بتحقيق المناط، وهو الذي لا خلاف بين الأمة في قبوله، ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله»[2].

(١) انظر: بحوث في الفقه المقارن، مذكرات للدكتور محمود أحمد أبوليل والدكتور ماجد أبو رخيه، ص٣١، ٣٢.

(٢) الموافقات للشاطبي، ٤٧/٤. وأما الاجتهاد الذي يمكن أن ينقطع فهو المتعلق بتنقيح المناط أو تخريجه أو بتحقيقه في الأنواع لا في الأشخاص، وهو التحقيق العام للمناط.

ذلك أن منهج القرآن في بيان الأحكام جاء في الأغلب الأعم على نحو كلي، والكلي عبارة عن مفهوم ذهني مجرد، لا تحقق له في الخارج من حيث هو كلي، ولا يمكن تطبيقه كلياً، فلابد لتنزيله على الوقائع الجزئية من النظر والاجتهاد في تحقيق وجود المناط فيها[1].

يقول الشاطبي رحمه الله: «ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تتنزل الأفعال الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن؛ لأنها مطلقات وعمومات، وما يرجع إلى ذلك منزلات على أفعال مطلقات كذلك، والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم واقعاً عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام»[2].

الاجتهاد ضروري لمحدودية النصوص:

إن من المسلَّمات أن الشريعة لم تأتِ بأحكام مفصلة واضحة لكل مشاكل الحياة ومسائلها المتجددة، فنصوصها معدودة، وهي لا تزيد ولا تتكاثر، ما دام الوحي قد انقطع والنبوة قد ختمت، والوقائع ممدودة لا تتناهى بحكم التطور المستمر الذي هو سنة الحياة، ولا سبيل لوفاء التشريع الخاتم بحاجات المجتمعات كلها وعلى تعاقب الأزمان إلا من خلال الاجتهاد المنطلق من قواعد الشريعة العامة، ومفاهيمها الواسعة ونصوصها المرنة، وتوخي المصالح، وتتبع العلل ومراعاة مبادىء العدل والتيسير والرحمة والمحافظة على الضروريات الخمس: الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

يقول الشهرستاني: «وبالجملة نعلم أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات

(١) انظر: الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، د. فتحي الدريني، ص٢٤.

(٢) الموافقات للشاطبي، ٤٩/٤.

مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد»[1].

ويقول كذلك مبيّناً ضرورة الاجتهاد وفرضيته على الكفاية: «ثم الاجتهاد من فروض الكفايات لا من فروض الأعيان حتى إذا استقل بتحصيله واحد سقط الفرض عن الجميع، وإن قصر فيه أهل عصر عصوا بتركه وأشرفوا على خطر عظيم، فإن الأحكام الاجتهادية إذا كانت مترتبة على الاجتهاد ترتب المسبب على السبب ولم يوجد السبب كانت الأحكام عاطلة، والآراء كلها فائلة فلابد من مجتهد»[2].

الاجتهاد احتفاء بمكانة العقل :

إن الاجتهاد وإن كان يرتكز أساساً على الوحي كتاباً وسنة، إلا أنه عملية فكرية بناءة، يغوص فيها العقل في معاني النصوص يتحسس إشاراتها ودلالاتها، ويستجلي آفاقها ومقاصدها، وقد أشاد القرآن في غير موضع بالقراءة والعلم والعقل والفكر، وجعل الشارع وجود العقل مناط الإيمان والتكليف، وقال تعالى في مناسبات كثيرة: ﴿لعلكم تعقلون﴾﴿لعلكم تتفكرون﴾﴿أفلا تعقلون﴾.

ومن الواضح أن معظم النصوص القرآنية التشريعية ظنية الدلالة، وكان بيان النبي صلى الله عليه وسلم لها في الغالب بياناً إجمالياً، يترك مساحة واسعة للعمل الفكري ولا نقف حيالها آلات جامدة، لا إرادة لها ولا اختيار، ولا تأويل ولا اجتهاد، وفي هذا

(١) الملل والنحل للشهرستاني على هامش الفصل في الملل والنحل لابن حزم، ٢/٣٧-٣٨، مكتبة المثنى، بغداد.
(٢) المصدر السابق، ٢/٤٤.

شحذ للهمم وحفز للعقول لاستفراغ طاقتها في الاجتهاد، مما يحفظ لها التوهج المستمر، ويقيها من الصدأ والتبلد والاستنامة إلى الكسل والإخلاد إلى الأرض.

ومما يدل على مبلغ اعتبار الإسلام للجهد العقلي المبدع، واحتفائه بالاجتهاد بالرأي وجعله كالقسيم للوحي ما أشار إليه الإمام الغزالي في كتابه القيم «المستصفى في أصول الفقه» حيث يقول: «وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع -أي الوحي- واصطحب فيه العقل والشرع، وعلم أصول الفقه من هذا القبيل فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سواء السبيل، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بالقبول ولا مبني على محض التقليد الذي لا يشهد له العقل بالتأييد والتسديد»[1].

الاجتهاد تكريم لهذه الأمة :

إن الاجتهاد في الشرائع السماوية السابقة لم يحتل مكانة كبرى ولم يكن هو السبيل لمعالجة المتغيرات الاجتماعية والخصوصيات الزمانية والمكانية للمجتمعات البشرية؛ لأن الرسالات السماوية كانت تترى، بل كانت تتعاصر أحياناً لتبين لكل قوم شريعتهم ومنهاجهم وما يلزمهم في مستجدات حياتهم، ولم يترك للاجتهاد، والحالة تلك، دور يذكر، ولعل الحكمة في ذلك أن البشرية كانت لا تزال في مرحلة الطفولة، والعقل الإنساني لم يشب عن الطوق بعد، ولم يتأهل لتلقي الرسالة الخاتمة الشاملة والاضطلاع بمسؤولية الاجتهاد، ولما قطعت قافلة الإنسانية مراحل في طريق الرقي والنضج العقلي، وبلغ الفكر الإنساني سن الرشد، آذنت الحكمة الإلهية بتوقف الوحي بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن تكون شريعة الإسلام خاتمة الشرائع وأن يعهد إلى العقل البشري بعملية الاجتهاد، بعد أن حرره الإسلام من الأغلال التي كان يرسف

(١) المستصفى للغزالي، ١/٥. وانظر: الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي، د. الدريني، ص٢٥.

فيها، وأوضح له معالم الهدى ومنائر الرشاد، وحدد له قواعد العدل والصلاح[1].

يقول صاحب المنار في معرض تفسيره لقوله تعالى: ﴿ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة﴾[2]: «.... فهي -أي الشريعة الإسلامية- مبنية على أساس الاستقلال البشري اللائق بسن الرشد وطور ارتقاء العقل ولذلك كانت الأحكام الدنيوية فيها قليلة وفرض فيها الاجتهاد، لأن الراشد يفوض إليه أمر نفسه، فلا يقيد إلا بما يمكن أن يعقله من الأصول القطعية ومن مقومات أمته الملية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان»[3].

وفي تكليف العقل الإسلامي المستنير بالاجتهاد، وفق شروطه، تكريم لهذه الأمة بعامة ولعلمائها بخاصة، وأضحى المجتهد أو المفتي -بذلك- قائماً في الحقيقة في هذه الأمة مقام النبي- صلى الله عليه وسلم -من ثلاثة وجوه :

أحدها: الوراثة في علم الشريعة بوجهٍ عام، جاء في الحديث: «العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً، إنما ورثوا العلم»[4].

والثاني: نائب عنه في تبليغ الأحكام للناس وتعليمها للجاهل والإنذار بها، كما جاء في الحديث الشريف: «ألا ليبلغ الشاهد الغائب»[5].

والثالث: استنباط الأحكام من المنقول، واعتبره الشاطبي رحمه الله شارعاً من هذا

---

(١) انظر: بحوث في الفقه المقارن - مذكرات د. محمود أبوليل ود. ماجد أبو رخيه، ص٣٣، ٣٤.

(٢) سورة المائدة - آية ٤٨.

(٣) تفسير المنار ٣٤٧/٤، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٧٢م.

(٤) رواه أبو داود والترمزي. انظر: جامع الأصول من أحاديث الرسول، ابن الأثير ٦/٩، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

(٥) رواه البخاري في خطبته صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع.

الوجه، واجباً اتباعه، لأنه قائم مقام النبي صلى الله عليه وسلم، وإن كان الاجتهاد في الحقيقة كشفاً للحكم الشرعي لا إنشاء له، وقد جاء في الحديث: «من قرأ القرآن فقد أدرجت النبوة بين جنبيه»[1].

قال في الموافقات: «وعلى الجملة فالمفتي مخبر عن الله كالنبي وموقع للشريعة على أفعال المكلفين بحسب نظره كالنبي، ونافذ أمره في الأمة بمنشور الخلافة كالنبي، ولذلك سموا أولي الأمر وقرنت طاعتهم بطاعة الله ورسوله في قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾[2].

فالاجتهاد من خصائص هذه الأمة المميزة، ومن فضائل هذه الملة الحنيفية التي هي بالمكلفين بها حفية.

ثبوت الاجتهاد بالقرآن الكريم والسنة النبوية وبإجماع الصحابة:

لقد دل على مشروعية الاجتهاد -فضلاً عما سبق- العموميات القرآنية والسنة النبوية بأقسامها الثلاثة: القولية والفعلية والتقريرية، وانعقد عليه إجماع الصحابة.

فقد أومأ القرآن إلى مشروعية الاجتهاد من خلال الأمر بالاعتبار والتفكر والتفقه في الدين والرجوع إلى هديه والالتزام بقواعد العدل والرحمة واليسر وفعل الخير والحكم بالحق والتعاون على البر والتقوى والتنبيه على علل الأحكام ومقاصدها.

ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ .... ليتفقهوا في الدين﴾ وقد مر ذكرها، وقوله:

---

(١) رواه الحاكم والبيهقي. انظر: الجامع الكبير للسيوطي، ٥٣٧/٦، حديث رقم (٢٢٧٣٧)، مطبعة محمد هاشم الكتبي، دمشق.

(٢) الموافقات للشاطبي، ١٤١/٤، والآية في سورة النساء - آية ٥٩.

﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾[1]، وقوله:﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول...﴾[2] والرد إلى الكتاب والسنة يقضي العمل بهما بطريق مباشر عند الوضوح والاتفاق، وبطريق غير مباشر بالاجتهاد عند التنازع والاختلاف، وقال: ﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾[3] والاستنباط يعني فهم الألفاظ وإدراك العلل والمعاني والأشباه والنظائر ومقاصد الكلام[4] وهو روح الاجتهاد، وقال تعالى أيضاً: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ والشورى تعني البحث عن الصواب من خلال اجتهاد أهل الرأي والاختصاص بالاعتماد على الأدلة النصية والعقلية ومراعاة المصلحة والعدل[5].

وثبتت مشروعية الاجتهاد بالسنة بأقسامها الثلاثة :

فمن السنة القولية قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»[6]. وفي رواية ضعيفة: «وإذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر وإن أصاب فله عشرة أجور»[7].

ومنها حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه لما بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) سورة الحشر - آية ٢.

(٢) سورة النساء - آية ٥٩.

(٣) سورة النساء - آية ٨٣.

(٤) اعلام الموقعين، ابن القيم ١/١٩٥.

(٥) الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. يوسف القرضاوي، ص٧٧.

(٦) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة - انظر: المعجم المفهرس ١/ ٣٩٠، وانظر: صحيح مسلم بشرح السراج الوهاج ٧/٤١٣-٤١٤ - "كتاب القضاء والشهادات".

(٧) رواه الحاكم والدارقطني عن عقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عمر - انظر: السراج الوهاج على مسلم ٧/٤١٤.

إلى اليمن قال له حينذاك: «كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بكتاب الله، قال «فإن لم تجد في كتاب الله» قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال «فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله» قال: اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله»[1].

ومن السنة العملية ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اجتهد في الأمور الدنيوية الصرفة، كمسألة تأبير النخل، واجتهد في الأمور الحربية كموافقته على

---

(١) رواه أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجة والدارمي - انظر: المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ١/ ٣٩٠.
وقد تلقاه فقهاء الأمة بالقبول وقواه ابن عبد البر وابن تيمية وابن القيم والذهبي، وقال الشوكاني: حسن وله طرق يرتقي بمجموعها إلى القبول - انظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. يوسف القرضاوي، ص٧٧.
وقد ضعف بعض العلماء هذا الحديث لأنه رواه شعبة عن أبي عون عن الحارث بن عمرو بن أخي المغيرة بن شعبة عن أناس من أهل حمص أصحاب معاذ بن جبل، والحارث بن عمرو مجهول، وأصحاب معاذ من أهل حمص وهم مجهولون، فلا يعتمد على هذا الإسناد في أصل من أصول الشريعة. راجع: نبراس العقول للشيخ عيسى منون ٨١/١، الاحكام لابن حزم ٩٧٥/٧ وما بعدها، اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم، د. نادية العمري ص١٨٤. وقد أجيب عنه بأربعة أجوبة:
١- اجتماع السلف والخلف على قبوله مما يدل على صحة معناه، وقد اشتهر عند المحدثين أن لا معنى لطعن الراوي بعد الحكم على الحديث بالصحة. انظر: قمع أهل الزيغ والإلحاد عن الطعن في تقليد أئمة الاجتهاد للشنقيطي، ص٢٥، نبراس العقول، ص٨١ وما بعدها، اجتهاد الرسول، د. نادية العمري، ص١٨٥.
٢- قال ابن القيم: هذا الحديث وإن كان عن غير مسمين فهم من أصحاب معاذ فلا يضره ذلك لأنه يدل على شهرة الحديث، وإن الذي حدث به الحارث بن عمرو عن جماعة من أصحاب معاذ لا عن واحد منهم، وهذا أبلغ في الشهرة من أن يكون عن واحد منهم لو سمي، وشهرة أصحاب معاذ رضي الله عنه بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحل الذي لا يخفى، وليس فيهم متهم ولا كذاب ولا مجروح.
٣- إن ابن حبان ذكر حارث بن عمرو في الثقات.
٤- قال أبو بكر الخطيب: وقد قيل: إن عبادة ابن أنس رواه عن عبد الرحمن بن غنم عن معاذ وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة وله شواهد موقوفة عن عدد من الصحابة أخرجها البيهقي في سننه عقب تخريجه لهذا الحديث تقوية له. انظر: اعلام الموقعين ٢٠٢/١، السنن الكبرى للبيهقي ١١٣/١٠.

المنزل الذي أشار به الحباب بن المنذر يوم بدر، واجتهد في قبول الفداء من الأسرى، وعمل برأي سلمان الفارسي في حفر الخندق.

واجتهد كذلك في أنواع من الأقضية، وقال: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي له بذلك وأحسب أنه صادق، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار»[1].

واجتهد صلى الله عليه وسلم في العبادات، حيث اجتهد في سَوق الهدي في حجه، قالت عائشة رضي الله عنها: «قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم لأربع مضين من ذي الحجة أو خمس، فدخل علي وهو غضبان، فقلت: من أغضبك يا رسول الله؟ أدخله الله النار، قال: أوما شعرت أني أمرت الناس بأمر فإذا هم يترددون؟ ولو أني استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدي معي حتى اشتريه ثم أحل كما أحلوا»[2].

وثبت الاجتهاد كذلك بالسنة التقريرية، فإنه لما نادى مناديه صلى الله عليه وسلم - منصرفه عن الأحزاب- أن لا يصلين أحد الظهر إلا في بني قريظة اجتهد الناس في تنفيذ أمره صلى الله عليه وسلم، فمنهم من تخوف فوت الوقت فصلى دون قريظة، وقال آخرون: لا نصلي إلا حيث أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن فاتنا

---

(١) رواه البخاري ومسلم في الأقضية ورواه مالك في الموطأ.

(٢) رواه مسلم - انظر: مسلم بشرح النووي ٤/٤٠٢، ط دار أبي حيان.

الوقت، ولم يعنف واحداً من الفريقين[1].

واحتلم عمرو بن العاص رضي الله عنه في غزوة ذات السلاسل، فلم يغتسل خوفاً من الهلاك لشدة البرد، بل تيمم وصلى بأصحابه الصبح فلما ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال له: يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب؟ فقال له عمرو: إني سمعت الله يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾[2]، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل له شيئاً[3]. وهذا إقرار منه صلى الله عليه وسلم لعمرو في اجتهاده.

وقد اجتهد أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في حياته -كما مر- واتفقت عليه كلمتهم بعد وفاته، وكان منهم المكثر والمتوسط والمقل، وخلفوا لنا ثروة فقهية قيمة، وفتحوا لنا باب الاجتهاد، ولم يكن بعضهم يعيب بعضاً إذا اختلفوا في اجتهادهم، ولا يقطع أحدهم بأن اجتهاده حكم الله وإن ما عداه باطل.

وما نقل عنهم من ذم الرأي، كقول عمر رضي الله عنه: «إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا»[4] وقول علي وعثمان رضي الله عنهما: «لو كان الدين بالرأي لكان المسح على باطن

---

(١) رواه مسلم - انظر: صحيح مسلم مع شرح السراج الوهاج ١٣٨/٧-١٣٩، ط قطر.
ورواه البخاري في "باب صلاة الخوف" بلفظ: "لا يصلين أحد العصر ....". والجمع بين الروايتين محمول على أن بعضهم كان قد صلى الظهر وبعضهم لم يصل الظهر، فقيل للذين لم يصلوا الظهر: "لا تصلوا الظهر إلا في بني قريظة" وللذين صلوا بالمدينة: "لا تصلوا العصر إلا في بني قريظة" . انظر: المرجع السابق ١٣٩/٧.

(٢) سورة النساء - آية ٢٩.

(٣) رواه أبو داود وروى البخاري معناه في صحيحه.

(٤) روضة الناظر لابن قدامة، ص١٤٩.

الخف أولى من ظاهره»[1]. فقد أجاب عن ذلك الإمام الغزالي في المستصفي بجوابين :

الأول: إن أكثر هذه النقول مقاطع ومروية عن غير ثبت، وهي بعينها معارضة بروايات صحيحة عمن نقل عنهم ذم الرأي تفيد العمل بالرأي، وقد تواترت النقول عن الصحابة في العمل بالرأي والاجتهاد.

والثاني: إن المقصود بالرأي المذموم هو الرأي المخالف للنص أو الرأي الصادر من الجاهل الذي لم يستكمل شرائط الاجتهاد، أو الرأي الفاسد الذي لا يشهد له أصل من الشريعة الغراء[2].

وهكذا فالاجتهاد مشروع قطعاً، وهو باب رحمة وتكريم فتحه الله عز وجل لهذه الأمة.

الاجتهاد بين الاستمرار والانقطاع :

لقد تبين لنا شرعية الاجتهاد وأنه روح الفقه الإسلامي وعماده وسر مرونته وخلوده وينبوع حيويته، وقد نهل الصحابة رضي الله عنهم من معينه، واضطلعوا بأعبائه، وترسم العلماء من بعدهم آثارهم، وراجت سوق الاجتهاد، وازدهرت العواصم الإسلامية بالمدارس الفقهية والحديثية واللغوية، وحفلت المكتبات الإسلامية بمختلف المؤلفات الشرعية والعلمية، وتجاوبت أصداء البلاد والأقطار بأسماء المجتهدين الكبار من أمثال الأئمة الأربعة وغيرهم.

ولما دبّ دبيب الضعف في جسم الأمة الإسلامية، وتفرقت شيعاً وأحزاباً،

---

(١) المستصفى، ٢/٢٤٧.

(٢) المرجع السابق. وانظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. حسن أحمد مرعي، ص٨٦ من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ.

وتقطعت مزقاً وأوصالاً، وسادت فيها روح التعصب والتمذهب، غلب على الناس التقليد، وشاعت مقولة بين العلماء أن باب الاجتهاد قد أغلق ابتداءً من أواخر القرن الرابع الهجري، وأن الأرض قد خلت من قائم لله بحججه وأن الأوائل قد بلغوا الغاية، وكفوا من بعدهم مؤنة الاجتهاد، وأن العصمة في الاتباع والتقليد، فخفت حركة الاجتهاد، وخفت ضوؤها، وانحسر إشعاعها، وانحصر تأثيرها في دائرة الترجيح والتخريج والتوجيه في إطار المذاهب الأربعة، مما أدى إلى ضعف الاستقلال الفكري، وجمود النشاط العلمي، والانغماس في مراغة التخلف والتعصب المذهبي، وضعف الثقة بالنفس، وفتور الهمم، والركون إلى راحة التقليد، واقتصار الجهود على اختصار المطولات وبسط المختصرات، وما إلى ذلك من ضروب التأليف.

ولعل الباعث على هذه المقولة -انغلاق أو غلق باب الاجتهاد- فوق ما ذكرنا هو التخوف من ضعف الوازع الديني في النفوس مما قد يؤدي إلى محاباة الحكام واتباع الهوى والعبث بالدين، والتجرؤ على الاجتهاد ممن لم يبلغ أهليته، فأفتى بعضهم بسد باب الاجتهاد سداً لذريعة الفساد وقطعاً للطريق على العابثين والمبطلين، وبخاصة أن المذاهب قد دونت وانتشرت واكتملت في مناهجها الأصولية وقواعدها الاجتهادية، مما يمكن معه -في نظرهم- الاستجابة لمتغيرات الواقع وتغطية كل المساحات من خلال الاجتهاد التفريعي والتخريجي والترجيحي وانزال النصوص على الوقائع تحت ألوية هذه المذاهب دون الحاجة إلى ابتداع مذاهب جديدة وتوسيع دائرة الخلاف[1].

(١) انظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي ص١٩٤، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ، وانظر : بحث الدكتور / محمد كمال الدين إمام، ص٦، من البحوث المقدمة لندوة الاجتهاد الجماعي التي عقدت في جامعة الإمارات العربية المتحدة في شهر ديسمبر ١٩٩٦م.

على أن كثيراً من العلماء ذهب إلى أن باب الاجتهاد لا يزال مفتوحاً، ونقل هذا عن كثير من الحنابلة منهم ابن مفلح وابن حمدان وابن عقيل واختاره القاضي عبد الوهاب المالكي وغيرهم[1].

وقال الإمام الغزالي في المنخول: «الاجتهاد ركن عظيم في الشريعة، لا ينكره منكر، وعليه عول الصحابة رضوان الله عليهم بعد أن استأثر الله برسوله صلى الله عليه وسلم، وتابعهم عليه التابعون إلى زماننا هذا»[2].

وقال ابن القيم في اعلام الموقعين؛ وهو يرد على جماعة المتعصبين للتقليد: «إن المقلدين حكموا على الله قدراً وشرعاً بالحكم الباطل جهاراً، مخالفاً لما أخبر به رسوله صلى الله عليه وسلم، فأخلوا الأرض من القائمين لله بحججه، وقالوا: لم يبقَ في الأرض عالم منذ الأعصار المتقدمة .....» ثم قال: «واختلفوا متى انسد باب الاجتهاد؟ على أقوال كثيرة ما أنزل الله بها من سلطان، وعند هؤلاء: إن الأرض قد خلت من قائم لله بحججه، ولم يبقَ فيها من يتكلم بالعلم ولم يحل لأحد بعد أن ينظر في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم لأخذ الأحكام منهما، ولا يقضي ولا يفتي بما فيهما، حتى يعرضه على قول مقلده ومتبوعه، فإن وافقه حكم به وأفتى به وإلا رده ولم يقبله، وهذه أقوال -كما ترى- قد بلغت من الفساد والبطلان والتناقض والقول على الله بلاعلم وإبطال حججه والزهد في كتابه وسنة رسوله وتلقي الأحكام منهما مبلغها! ويأبى الله إلا أن يتم نوره ويصدق قول رسوله صلى الله عليه وسلم: إنه لا

---

(١) انظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. حسن أحمد ص١١٨ وما بعدها، من البحوث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ.

(٢) المنخول من تعليقات الأصول للغزالي بتحقيق د. محمد حسن هيتو، ص٤٦٢.

تخلو الأرض من قائم لله بحججه[1]، ولا تزال طائفة من أمته على محض الحق الذي بعثه به[2] وأنه لا يزال يبعث على رأس كل مائة سنة لهذه الأمة من يجدد لها دينها»[3].

والصحيح أن الاجتهاد من أهم مرافق الدين، ومن ألزم ضروراته، لا يملك أحد إغلاقه: ﴿ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده﴾[4]، والقول بإغلاقه رجم بالغيب، وحجر للرحمة، ورفض للنعمة، وضرر كبير بالشريعة، وعقبة في طريق التقدم والارتقاء وإعنات للخلق، وإلجاء للحكام للتفلت من الالتزام بأحكام الشريعة، والاستعاضة عنها بالقوانين الأجنبية.

وقد نعى عز الدين بن عبد السلام على المقلدين المتأخرين المقدسين لأقوال الأئمة فقال: «من العجب العجاب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه، بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً، ومع ذلك يقلده فيه، ويترك من شهد له الكتاب والسنة، ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالاً عن مقلده» ثم قال: «لم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقيد بمذهب ولا إنكار على أحد من السائلين إلى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصبوها من المقلدين، فإن أحدهم يتبع إمامه مع بُعد مذهبه من الأدلة مقلداً له فيما قال كأنه نبي أرسل، وهذا نأي عن الحق، وبُعد عن الصواب، لا يرضى

(١) قال الدكتور يوسف القرضاوي في تعليقه على هذا القول: «وهم ابن القيم رحمه الله هنا في جعله حديثاً مرفوعاً فإنه من قول علي رضي الله عنه لكميل بن زياد، كما ذكره هو نفسه في موضع آخر من " اعلام الموقعين" وفي "مفتاح دار السعادة».

(٢) أخرجه البخاري في العلم ومسلم في الإمارة من حديث معاوية مرفوعاً بلفظ: «لا تزال طائفة من أمتي قائمة بأمر الله لا يضرهم من ضلهم أو خالفهم حتى يأتي أمر الله وهم ظاهرون». انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٧٤/٧، ط دار أبي حيان، سنة ١٩٩٥م.

(٣) اعلام الموقعين، ٢٧٥/٢. والحديث أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي في المعرفة من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الله يبعث ....»، وقد صححه العراقي وغيره ورمز له السيوطي بعلامة الصحة وأقره المناوي.

(٤) سورة فاطر - آية ٢.

به أحد من ذوي الألباب»[1].

وقال الإمام أبو شامة: «ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقتصر على مذهب إمام ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب إلى دلالة الكتاب والسنة المحكمة، وذلك سهل عليه إذا حصل العلوم المتقدمة (وسائل الاجتهاد) وليجتنب التعصب والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة، فإنها للزمان مضيعة ولصفوه مكدرة، فقد صح عن الشافعي أنه نهى عن تقليده وتقليد غيره، قال صاحب المزني في أول مختصره: اختصرت هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله لأقربه على من أراد مع إعلامه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه»[2].

وقد ذم السيوطي التقليد، وألف في الرد على القائلين بغلق باب الاجتهاد كتاباً سماه "الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض" وأورد فيه نصوصاً من جميع المذاهب الفقهية تبين فرضية الاجتهاد وتنهى عن التقليد.

ومن هذه النصوص ما قاله الإمام محيي السنة أبو محمد البغوي في كتابه "التهذيب" وهو من أجلّ الكتب المصنفة في الفقه: «العلم ينقسم إلى فرض عين وفرض كفاية، فذكر فرض العين ثم قال: وفرض الكفاية هو أن يتعلم ما يبلغ رتبة الاجتهاد ومحل الفتوى والقضاء، ويخرج عن عداد المقلدين، فعلى كافة الناس القيام بتعلمه، غير أنه إذا قام من كل ناحية واحد أو اثنان سقط الفرض عن الباقين، فإذا قعد الكل عن تعلمه عصوا جميعاً لما فيه من تعطيل أحكام الشرع، قال الله تعالى: ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبد السلام ٣/١٣٥-١٣٦، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٢) نقلاً عن مقارنة المذاهب في الفقه الإسلامي، للشيخين: محمود شلتوت ومحمد السايس، ص٤.

يحذرون ﴾[1].

وقال الصنعاني مفنداً مزاعم القائلين بإحالة الاجتهاد في العصور المتأخرة: «.... وكأن أولئك المستبعدين لما رأوا كثرة أتباع الأئمة المتقدمين وعظمتهم لما وهب الله لهم من العلم والدين في صدور الأعيان من المتأخرين ظنوا أنهم غير مخلوقين من سلالة من طين، ولو نظروا بعين الإنصاف وتتبعوا أحوال الأسلاف والأخلاف لعلموا يقيناً أن في المتأخرين من أولئك الأئمة من هو أطول منهم في المعارف باعاً وأكثر في علوم الاجتهاد اتساعاً، قد قيضهم الله لحفظ علوم الاجتهاد من كل ذي همة صادقة ونية صالحة من العباد، قد قربوا للمتأخرين منها كل بعيد، ومهدوها لهم كل تمهيد»[2] ثم قال: «وبعد هذا فالحق الذي ليس عليه غبار الحكم بسهولة الاجتهاد في هذه الأعصار وأنه أسهل منه في الأعصار الخالية لمن له في الدين همة عالية ورزقه الله فهماً صافياً وفكراً صحيحاً...»[3].

وفي الحقيقة أننا اليوم أحوج إلى بلسم الاجتهاد من العصور الماضية نظراً للتغير الهائل الذي طرأ على حياة الناس نتيجة للثورة الصناعية والتطور التكنولوجي، وتقدم وسائل المواصلات وتشابك المصالح مما أدى إلى تدفق القضايا والمشكلات في شئون الطب والاقتصاد والوراثة وسائر أنواع المعاملات، ولا يصح أن نقف حيالها جامدين، ولا بد لنا من اللجوء لصيدلية الاجتهاد لمعرفة الحلول والدواء.

والاجتهاد اليوم أيسر منه في أي وقت مضى لمن صدقت عزيمته وصلحت نيته،

---

(١) الرد على من أخلد إلى الأرض للسيوطي، ص٦٩. والآية ١٢٢ في سورة التوبة.

(٢) إرشاد النقاد إلى تيسير الاجتهاد، محمد بن إسماعيل الصنعاني، ص٣٠.

(٣) المرجع السابق، ص٣٦.

فأمهات المؤلفات الشرعية قد طبعت ونشرت وكليات الشريعة منتشرة في معظم البلدان، والدوريات الشرعية تصدر في كثير من الأقطار، ومراجع السنة متوفرة للطالبين، والمخترعات الحديثة كالحاسب الآلي وغيره تسهل مهمة المراجعة والاطلاع، والمكتبات الإسلامية الخاصة والعامة تزخر بمئات وآلاف المراجع في كل فن من فنون الشريعة، ومختلف العلوم، وهذا كله تسهيل وأي تسهيل لعملية الاجتهاد.

الاجتهاد الممنوع :

وغني عن البيان أننا وإن كنا من دعاة الاجتهاد والمشجعين عليه فلا يعني أن نفتح بابه على مصراعيه لكل متقول أو متعالم أو صاحب هوى وكيد ملوث بجراثيم الفساد والضلال، أو جاهل لم يتوافر فيه الحد الأدنى من أهلية الاجتهاد؛ لأن ذلك يؤدي إلى توهين قواعد الدين ونقض عراه وتحليل حرامه أو تحريم حلاله باسم التجديد والاجتهاد، يقول الدكتور محمد سعيد البوطي: «إن الاحتلال البريطاني لمصر يوم اصطدم بجلمود الفكر الأزهري في كل ما كان يصدر عنه من فتاوى ونظرات وأحكام لم يجد من الوسيلة أمامه إلا أن يفتت هذا الجلمود بمطرقة واحدة لا يقوى غيرها على ذلك هي مطرقة الاجتهاد، وكان السبيل لاستحضار هذه المطرقة هو الاعتماد على من يدعو باسم الإسلام إلى الاجتهاد ونبذ الجمود على الكتب والفتاوى القديمة، فلما توفرت لهم الأبواق الداعية والمروجة لذلك بشتى الأساليب والطرق أتيح لهم أن يفتتوا تلك الصخرة عن طريقهم، كما يقول اللورد كرومر في مذكراته»[1].

---

(١) محاضرات في الفقه المقارن، د. محمد سعيد البوطي، ص٨.

إن هناك دعوات اليوم شاذة تنادي بالتحلل من قيد النصوص وإنكار القطع في الشريعة والأخذ بالقيم الغربية برمتها، والخضوع المطلق للواقع، بدعوى التجديد المزعوم أو الاجتهاد الموهوم، يقول أحد الغلاة المعاصرين[1] «إن الواقع هو الأصل، من الواقع تكون النص -أي القرآن- ومن لغته وثقافته صيغت مفاهيمه، ومن خلال حركته بفعالية البشر تتحدد دلالته، فالواقع أولاً، والواقع ثانياً، والواقع ثالثاً» ويقول: «إن النص -أي القرآن- تشكل من خلال ثقافة شفاهية... والوقائع هي التي أنتجت النصوص» ويقول: «قد يقال: إن النص القرآني نص خاص، وخصوصيته نابعة من قداسته وألوهيته» لكن «الإيمان بوجود ميتافيزيقي سابق للنص يطمس الحقيقة، فالنص في حقيقته وجوهره منتج ثقافي والمقصود بذلك أن تشكل في الواقع والثقافة خلال فترة تزيد على العشرين عاماً»[2].

وهذا الفكر النمطي منطلق -في الواقع- من موقف مسبق وغرض كامن وليس صادراً عن تفكير علمي مدروس ولاعن بحث جاد عن الحقيقة، وهو يعكس القضية، بجعل الحاكم محكوماً، والثابت متغيراً، والموجه موجهاً، ويجرد الدين من وظيفته الإصلاحية التقويمية، ويجعل منه مجرد مقياس حرارة يقتصر عمله على تسجيل درجة الحرارة، أو أداة لرصد اتجاه الرياح، أو سجلاً لتغيرات الأزمنة، ولادخل له في إصلاح الفاسد، وتقويم المعوج وتعريف المعروف وإنكار المنكر.

إن الدين لايقف حجر عثرة أمام التطور، ولايحول دون ارتقاء الحياة، بل هو يتقدم

(١) هو الدكتور نصر أبوزيد..

(٢) انظر: بحث إعداد الممارسين للاجتهاد الجماعي، د٠محمد كمال الدين إمام، ص٤، من البحوث المقدمة لندوة الاجتهاد الجماعي التي عقدت بجامعة الإمارات العربية المتحدة في شهر ديسمبر سنة ١٩٩٦، وأشار فيه إلى كتابي: نقد الفكر الديني ومفهوم النص لنصر أبوزيد.

معها يداً بيد، ولايواكبها فقط كتابع لها، ولكنه إذ يمشي معها وأمامها فإنه يعمل حارساً وحامياً لها[1] من شطط الأهواء وجنوح الأفكار باسم التحرير والتطوير.

فالاجتهاد المشروع هو الذي يصدر من أهله، ويقع في محله، ويحقق مقاصد الدين، ويلتزم بقواطعه، ويرعى الضوابط والقواعد التي قررها العلماء لحماية الاجتهاد وحفظ مكانته، وتحقيق أهدافه السامية، وتوفر سياجاً منيعاً يمنع الطفيليين والمتطفلين والماكرين والعلمانيين من التسلق إليه أو الانتحاء نحوه، والعزف على وتره لترويج الأفكار الهدامة، وتحقيق الأغراض الفاسدة، واتخاذه مخلباً جديداً للطعن في الدين، والنهش في أصول العقيدة، وتغيير ثوابت الشريعة دون نظر أو اعتبار لمقتضيات النصوص الواضحة والصريحة[2].

المبحث الثاني
أهمية الاجتهاد الجماعي وتاريخه وضرورته اليوم

لقد تحدثنا عن مشروعية الاجتهاد بشكل عام، وعن أهميته ودوره في رفد الفقه وتنميته، ليكون قادراً أبداً على الوفاء بمطالب الحياة ومقتضيات التطور في سائر قطاعات الحياة الإنسانية وأصعدتها المختلفة.

والاجتهاد بطبيعته يمكن أن يمارس بشكل فردي استقلالي أو على نحو شوري جماعي، من خلال إقامة الحوار وعقد الندوات والمؤتمرات وتشكيل اللجان والمجامع

(١) انظر: المرجع السابق، الاجتهاد ونشأة المذاهب الفقهية لأبو الحسن الندوي، ص١٢. ١٣. ١٤.

(٢) راجع: مجلة منبر الإسلام، عدد ٣ ربيع الأول ١٤١٦هـ، ص١٣، مقال لمجاهد خلف بعنوان "تخريب الدين باسم الاجتهاد والبحث العلمي".

ونحوها، ولا شك أن الاجتهاد الجماعي، وقوامه تلاقح الأفكار وتبادل الآراء وتكامل الأدوار وتساند الأقوال، أحرى بالاهتمام، وأجدر بتحري الصواب وهو ليس بدعاً من القول ولا جديداً في حياة المسلمين، بل هو سنة متبعة -كما سيتجلى لنا بعد، والدعوة المعاصرة إليه -في حقيقة الأمر- استئناف واستدعاء وليست إيجاداً وانشاءً، وهو من مقتضيات الأمر بالشورى في قوله تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ وقوله: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ وهو شامل للشورى العلمية في الاجتهاد في الأحكام والنوازل التي تمور بها الحياة، وما ذهب إليه بعض المفسرين من حمل هاتين الآيتين على أمر الحرب ونحوه خاصة دون قضايا التحليل والتحريم[1]، فمخصوص بحياة النبي صلى الله عليه وسلم، ومرده إلى أن الوحي كان ينزل بالتشريع من خلال القرآن والسنة، ولا اجتهاد أو شورى مع النص، وإن لم يمنع هذا أيضاً من اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم في أحيان قليلة، كما مر. وأما بعد وفاته صلى الله عليه وسلم، فلا بد من الاجتهاد فيما لم ينزل فيه نص، أو نزل فيه نص غير قاطع، وإقامته على الشورى والحوار أقوم بتحري الصواب والتوصل لأرشد الأحكام. قال الحسن: «والله ما تشاور قوم بينهم إلا هداهم الله لأفضل ما بحضرتهم».

والاجتهاد الجماعي من تمام بذل الجهد في استنباط الأحكام، ووسيلة لتقليل الخطأ في الاجتهاد، وإبراز عناصر الوحدة والتنوع في الأمة، وهومظهر من مظاهر التعاون على البر والتقوى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[2] كما أنه من باب الإحسان والاتقان في العمل: «إن الله كتب الإحسان

(١) انظر: تفسير ابن عطية ٣٩٨/٣ وما بعدها، تفسير النسفي ١٩١/١.

(٢) سورة آل عمران.

على كل شيء»[1]، والله سبحانه يحب من عبده إذا عمل عملاً له أن يتقنه.

كما تشمله الأوامر القرآنية في قوله تعالى: ﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾[2] وقوله: ﴿فاعتبروا يا أولي الأبصار﴾[3] وقوله: ﴿كنتم خير أمةٍ أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾[4]، والاجتهاد الجماعي وسيلة مثلى وضرورية لتحديد المعروف والمنكر في المستجدات.

فالاجتهاد الجماعي هو الطريق الصحيح لاستجلاء الحقائق والكشف عن الصواب لأن العقول كالمصابيح إذا اجتمعت ازداد النور ووضح السبيل[5].

وقد روى الطبراني في الأوسط عن علي رضي الله عنه قال: قلت يا رسول الله إن عرض لي أمر لم ينزل قضاء في أمره ولا سنة كيف تأمرني؟ قال: «تجعلونه شورى بين أهل الفقه والعابدين من المؤمنين، ولا تقضِ فيه برأيك خاصة»[6].

وهذا الحديث يدل على أمرين:

الأول: أن الاجتهاد منوط بأهل الفقه والعابدين من المؤمنين الذين جمعوا بين العلم والتقوى، وليس متروكاً لعوام الناس ينتحله من لا علم له يُبَصِّره، ولا دين له يحفظه من الهوى والابتداع.

---

(١) رواه مسلم - انظر: مسلم بشرح النووي ١١٩/٧.

(٢) سورة التغابن، آية ١٦.

(٣) سورة الحشر، آية ٢.

(٤) سورة آل عمران، آية ١١٠.

(٥) انظر: الشورى وأثرها في الديمقراطية، د. عبد الحميد الأنصاري، ص٥-٦. وأحال إلى مرجع مجلة منبر الإسلام، عدد ٨ آب ١٩٧٤م، ص٥١، مقال الشيخ عبد المنصف محمود.

(٦) انظر: اعلام الموقعين ٦٨/١، ت الوكيل، مجمع الزوائد للهيثمي ١٧٨/١.

والثاني: أن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية ينبغي أن لا يستبد به فرد، إنما يكون شورى بين أهل الفقه والعابدين، فهذا الحديث يمثل أصلاً تشريعياً للاجتهاد الجماعي بالشورى وذلك في مقابلة الاجتهاد الفردي الذي شرع بحديث معاذ بن جبل وغيره من الأدلة[1].

نماذج من الاجتهاد الجماعي في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم:

لقد ظهرت أمثلة من الاجتهاد في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم يمكن أن نعتبرها من الاجتهاد الجماعي وذلك في الأمور الدينية والمصالح الدنيوية على السواء.

فمن الأمثلة التي يمكن إيرادها على الاجتهاد الجماعي في المسائل الدينية، ما جاء في قصة الأذان، فقد روى مسلم في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون، فيتحينون الصلوات وليس ينادي بها أحد فتكلموا يوماً في ذلك، فقال بعضهم: اتخذوا ناقوساً مثل ناقوس النصارى، وقال بعضهم: قرناً مثل قرن اليهود، فقال عمر: أو لا تبعثون رجلاً ينادي بالصلاة؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا بلال قم فناد بالصلاة»[2].

قال النووي: «وفيه التشاور في الأمور لا سيما المهمة وذلك مستحب في حق الأمة

(١) انظر: منبر الإسلام، العدد ٣ ربيع الأول ١٤١٦هـ سنة ٥٤، ص٣٧-٣٨. وانظر: اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم، د. نادية العمري، ص٢٩٨.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٢/٣١٣.

بإجماع العلماء[1]، واختلف أصحابنا هل كانت المشاورة واجبة على رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ أم كانت سنة في حقه صلى الله عليه وسلم كما في حقنا؟، والصحيح عندهم وجوبها»[2].

وصح في حديث عبد الله بن زيد -في سنن أبي داود والترمذي وغيرهما- أنه رأى الأذان في المنام فجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبره به، فجاء عمر رضي الله عنه فقال: يا رسول الله: والذي بعثك بالحق لقد رأيت مثل الذي رأى، وذكر الحديث[3].

قال النووي: «فهذا ظاهره أنه كان في مجلس آخر، فيكون الواقع الإعلام أولاً ثم رأى عبد الله بن زيد الأذان فشرعه النبي صلى الله عليه وسلم بعد ذلك إما بوحي وإما باجتهاده صلى الله عليه وسلم على مذهب الجمهور في جواز الاجتهاد له صلى الله عليه وسلم، وليس هو عملاً بمجرد المنام»[4].

ومن الأمثلة القريبة من ذلك ما رواه مسلم وغيره في أسرى بدر عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: فلما أسروا الأسارى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي بكر وعمر: «ما ترون في هؤلاء الأسارى؟» فقال أبو بكر: يانبي الله! هم بنو العم والعشيرة، أرى أن تأخذ منهم فدية، فتكون لنا قوة على الكفار فعسى الله أن يهديهم للإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما ترى يا ابن الخطاب؟» قلت: لا والله يا رسول الله! ما أرى الذي رأى أبو بكر، ولكني أرى أن تمكنا فنضرب

(1) الصحيح أنها واجبة على أولي الأمر.
(2) المرجع السابق.
(3) المرجع السابق.
(4) المرجع السابق.

أعناقهم، فتمكن علياً من عقيل فيضرب عنقه، وتمكني من فلان (نسيب لعمر) فأضرب عنقه، فإن هؤلاء أئمة الكفر وصناديدها، فهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال أبو بكر ولم يهو ما قلت، .... الحديث»[1]. وهذا تشاور في جواز قتل الأسير أو أخذ الفدية منه، وهو أمر ديني.

وأما الأمثلة على الاستشارة في المصالح الدنيوية، وهو شكل من الاجتهاد الجماعي، فكثيرة:

منها: مشاورته صلى الله عليه وسلم الناس للخروج يوم بدر، فقد روى مسلم عن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاور حين بلغه إقبال أبي سفيان، قال: فتكلم أبو بكر فأعرض عنه، ثم تكلم عمر فأعرض عنه، فقام سعد بن عبادة فقال: إيانا تريد يا رسول الله! والذي نفسي بيده! لو أمرتنا أن نخيضها البحر لأخضناها، ولو أمرتنا أن نضرب أكبادها إلى برك الغماد لفعلنا، قال: فندب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس[2].

ومنها استشارة النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه في الخروج يوم أحد واستشارته صلى الله عليه وسلم للصحابة في مصالحة غطفان يوم الخندق وغير ذلك.

وهذه الأمثلة وإن كان معظمها متعلقاً بالجهاد، وهو أمر ديني في المقام الأول، إلا أن الاستشارة فيها لم تكن في أصل مشروعيته، إنما في خطة الجهاد ووسائله، وهي أشبه بالمصالح الدنيوية المتغيرة بحسب اختلاف الظروف والأحوال.

الاجتهاد الجماعي في عهد الصحابة رضي الله عنهم :

لقد لعب الاجتهاد الجماعي دوراً مهماً في عهد الصحابة رضي الله عنهم لمل‍ء

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٣٢٨/٦.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ٣٦٦/٦.

الفراغ الكبير الذي أحدثته وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، ولمواجهة الوقائع الجديدة والظروف الطارئة ومعالجتها بالاجتهاد البصير، مما ضيق من دائرة الخلاف وكفل للأمة القوة والوحدة ومواصلة التقدم والارتقاء، ومكن لحرية الرأي والنقد في المجتمع.

قال الإمام الزهري: «كان مجلس عمر بن الخطاب رضي الله عنه مغتصاً من العلماء والقراء كهولاً وشباناً، وربما استشارهم فكان يقول: لايمنع أحدكم حداثة سنه أن يشير برأيه فإن الرأي ليس على حداثة السن ولا على قدمه ولكن أمر يضعه الله حيث يشاء»[1]. وعبارة القراء في النص السابق تعني -كما يقول ابن خلدون- أنهم أهل الفتيا من الصحابة وهم الذين يؤخذ عنهم الدين وأنهم سموا بالقراء لأنهم كانوا حاملين القرآن عارفين بناسخه ومنسوخه ومتاشبهه ومحكمه وسائر دلالته بما تلقوه عن النبي صلى الله عليه وسلم وهم المختصون بقراءة الكتاب في الأمة العربية التي انتشرت فيها الأمية[2].

ويذكر ميمون بن مهران أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان إذا ورد عليه حكم نظر في كتاب الله تعالى فإن وجد فيه ما يقضي به، قضى به، فإن أعياه ذلك سأل الناس: هل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بقضاء؟ فربما قام إليه القوم فيقولون: قضى فيه بكذا أو كذا، فإن لم يجد سنة سنها النبي صلى الله عليه وسلم جمع رؤساء الناس فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به[3].

(١) انظر: بحث الاجتهاد الجماعي في تونس والمغرب والأندلس، د.محمد أبو الأجفان، ص٧، وأشار إلى الشهب اللامعة في السياسة النافعة لابن رضوان المالقي، ص١٥٥.

(٢) مقدمة ابن خلدون، ص٣١٨.

(٣) اعلام الموقعين لابن القيم ٦٢/١، حجة الله البالغة ٣١٥/١.

وكان عمر يفعل ذلك فإذا أعياه أن يجد ذلك في الكتاب والسنة سأل: هل كان أبو بكر قضى فيه بقضاء؟ فإذا كان لأبي بكر قضاء قضى به وإلا جمع علماء الناس واستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على شيء قضى به[1].

وفي كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى شريح: إذا وجدت شيئاً في كتاب الله فاقضِ به، ولا تلتفت إلى غيره، وإن أتاك شيء ليس في كتاب الله فاقضِ بما سنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يسنّه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاقضِ بما أجمع عليه الناس، وإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد قبلك، فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم، وإن شئت أنتتأخر، وما أرى التأخر إلا خيراً لك[2].

ويقول الجويني في كتابه "غياث الأمم في التياث الظلم" أن أصحاب المصطفى صلى الله عليه وسلم -رضي الله عنهم- استقصوا النظر في الوقائع والفتاوى والأقضية فكانوا يعرضونها على كتاب الله تعالى، فإن لم يجدوا فيه متعلقاً راجعوا سنن المصطفى عليه الصلاة والسلام فإن لم يجدوا فيها شفاء اشتوروا واجتهدوا، وعلى ذلك درجوا في تمادي دهرهم إلى انقراض عصرهم، ثم استن بسنتهم من بعدهم[3].

(١) المرجع السابق.

(٢) اعلام الموقعين لابن القيم ٦٢/١، حجة الله البالغة ٣١٥/١.

(٣) غياث الأمم في التياث الظلم لأبي المعالي الجويني، ط قطر، ص٤٣١.

أمثلة على الاجتهاد الجماعي في عهد الصحابة :

من أبرز الأمثلة على ذلك ما يلي:

١- الاتفاق على إقامة الخلافة، فإنه لما نما إلى سمع الصحابة رضي الله عنهم نبأ وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم تداعوا للتو إلى سقيفة بني ساعدة لاختيار خليفة له، وقد حضر ذلك المؤتمر نخبة من المهاجرين والأنصار. وبعد المناقشة والأخذ والرد أسفرت المداولات عن انتخاب أبي بكر رضي الله عنه للخلافة، وكان أبو بكر قد خطب عقب وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وكان مما قال: ألا إن محمداً قد مات، ولا بد لهذا الدين ممن يقوم به. فبادر الكل إلى قبوله، ولم يقل أحد لا حاجة إلى ذلك، بل اتفقوا عليه، وقالوا: ننظر في هذا الأمر، وبكروا إلى سقيفة بني ساعدة، وتركوا له أهم الأشياء، وهو دفن الرسول صلى الله عليه وسلم. واختلافهم في التعيين -أول الأمر- لا يقدح في ذلك الاتفاق.

وكما اتفق الصحابة رضي الله عنهم على وجوب تعيين خليفة للرسول صلى الله عليه وسلم اتفقوا كذلك على وجوب تعيين خليفة لأبي بكر ثم لعمر ثم لعثمان، وهكذا التابعون ومن جاء بعدهم[1].

٢- من ذلك فرض الخراج في عهد سيدنا عمر رضي الله عنه، وذلك أنه لما فتحت بلاد العراق والشام اختلف الصحابة في قسمة هذه الأراضي على قولين:

فرأى فريق أن تقسم الأرض على المجاهدين بعد تخميسها أخذاً بعموم قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى

---

(١) انظر: نهاية الإقدام للشهرستاني، ص٤٧٩-٤٨٠، مكتبة المثنى. وانظر: دول الإسلام للذهبي، ص١٢-١٣.

والمساكين وابن السبيل ﴾[1].

ورأى فريق، وعلى رأسهم عمر رضي الله عنه، وقف الأرض وإبقاءها في يد زارعيها مقابل خراج يدفعونه لبيت المال ليكون مورداً دائماً ينفق منه على المصالح العامة للمسلمين وأما آية الأنفال والخمس فتطبق على الأموال المنقولة فقط، واستأنس لذلك بآيات الفيء في سورة الحشر التي تومىء إلى اشتراك الناس جميعاً في هذا الفيء.

ولما اشتد الخلاف في المسألة اضطر إلى الاستشارة، فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا فيما بينهم ثم حكم في الأمر عشرة من الأنصار: خمسة من الخزرج وخمسة من الأوس، وقدم كل فريق لهم رأيه وحجته، ورجح المحكمون رأي عمر رضي الله عنه وحصل الاتفاق أخيراً عليه[2].

٣- ومن ذلك الاتفاق على التاريخ الهجري، فقد ذكر الطبري والبيروني أن أبا موسى الأشعري كتب إلى عمر بن الخطاب أنه تأتينا منك كتب ليس لها تاريخ، فاستشار عمر الناس، فأشار بعضهم باعتماد التاريخ الفارسي، وبعضهم التاريخ الرومي ولم يتفقوا على أحد التاريخين وكأن طبيعتهم أنفت من تقليد الفرس والروم مع وجود عدد من المناسبات الإسلامية الجديرة بأن تتخذ أساساً للتاريخ، فاستمر عمر في المشاورة، فقال بعضهم: أرِّخ من مبعث النبي صلى الله عليه وسلم، وبعضهم: أرِّخ من وفاته، وآخرون: من مولده، ثم اتفقوا على أن أظهر الأوقات وأبعدها عن الشبه والآفات وقت الهجرة وموافاة المدينة، فأجمعوا على التأريخ بالهجرة، واتفقوا على

(١) سورة الأنفال، آية ٤١.

(٢) راجع في هذا كتاب الخراج لأبي يوسف، ص٢٤-٢٧، وكتاب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية للوافي المهدي، ص١١٢ و١١٣. وراجع: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٩/٥٤ وما بعدها.

البدء بالمحرم لأنه منصرف الناس من حجهم وهو شهر حرام[1].

٤- ومن ذلك اتفاق الصحابة، في عهد سيدنا عمر على جلد شارب الخمر ثمانين، فإن عمر رضي الله عنه، لما كثر في زمانه شرب الخمر، استشار الناس في الحد، فقال عبد الرحمن بن عوف اجعله أخف الحدود: ثمانين، وقال علي في المشورة: إذا سكر هذى وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفتري، ولم ينكر أحد فكان إجماعاً[2].

٥- ومنه أيضاً ما روي أن سيدنا عمر رضي الله عنه رفعت إليه قضية قتيل اشترك في قتله أكثر من فرد، أيقتل الجماعة بالواحد مع أن الله تعالى يقول: ﴿النفس بالنفس﴾؟ فقال له علي بن أبي طالب: «أرأيت لو أن نفراً اشتركوا في سرقة جزور فأخذ هذا عضواً وهذا عضواً أكنت قاطعهم؟ قال: نعم، فقال: فكذلك، فأخذ عمر برأي علي، وقال: لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم[3].

ومن ذلك اتفاقهم على محاربة المرتدين وبدء حركة الفتوحات وتدوين الدواوين وجمع القرآن الكريم وإيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث تطليقات وغيرها.

الاجتهاد الجماعي في عصر التابعين ومن بعدهم :

لقد سار التابعون على منهج الاجتهاد الجماعي، ولكن على نحو ضيق ومحدود، بحسب ظروف زمانهم، فإن الصحابة قد تفرقوا في الأمصار وتناءت بهم الديار، وظهرت الأحزاب والانقسامات، فتعذر الاجتهاد الجماعي العام، إلى حد كبير، وتحول إلى نوع من الاجتهاد الجماعي الإقليمي المذهبي، فعندما تبلورت المدارس الفقهية في

(١) انظر: تاريخ الطبري ٣٨٩/٢. اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم، د. نادية العمري، ص٢٨١-٢٨٢.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٢٠٤/١٢، بداية المجتهد لابن رشد ٤٤٤/٢، تفسير ابن عطية ٢٣٢/٢.

(٣) اعلام الموقعين ٢١٣/١.

عصر التابعين، ومن أشهرها مدرسة أهل الرأي بالعراق ومدرسة أهل الحديث بالحجاز ظهر الاتفاق داخل كل مدرسة على عدد من المبادىء والأحكام الفرعية على نحو تميزت به كل مدرسة عن غيرها، وتجلى ذلك «في عدد من المؤلفات التي ترجع إلى القرن الثاني الهجري، مثل كتاب الحجج المبينة في الرد على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن الشيباني، ويدل هذا الكتاب، ورد الإمام الشافعي عليه في الجزء السابع من الأم، على وجود اتفاق داخلي بين أعضاء المدرسة الواحدة، وقد توارثت هذه المدارس هذه الاتفاقات واستمرت عليها إلى وقت لاحق، وانبرى المخلصون من أبنائها إلى الدفاع عن تقاليدها واجتماعاتها على نحو كان له أثره في تميز كل مدرسة عن غيرها واستقلالها وإقدارها على البقاء»[1].

وكان عمر بن عبد العزيز رحمه الله يستعين بالشورى والاجتهاد الجماعي للتوصل إلى الحق، فقد رُوي أنه لما وُلي المدينة نزل دار مروان فلما صلى الظهر دعا عشرة من فقهاء المدينة هم: عروة بن الزبير وعبيد الله بن عتبة وأبو بكر بن عبد الرحمن وأبو بكر بن سليمان وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله ابن عمر وعبد الله بن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عامر وخارجة بن زيد، وهم إذ ذاك سادة الفقهاء، فلما دخلوا عليه أجلسهم، ثم حمد الله وأثنى عليه وقال: «إني إنما دعوتكم لأمر تؤجرون عليه، وتكونون فيه أعواناً على الحق، ما أريد أن أقطع أمراً إلا برأيكم وبرأي من حضر منكم»[2].

وكان الإمام أبوحنيفة يسلك مع تلاميذه مسلكاً موضوعياً شورياً في معالجته

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، د. خليفة بابكر ود. سراج، ص٣٤٤.

(٢) انظر الاجتهاد الجماعي في الشريعة الإسلامية، د. زكريا البري ضمن الأبحاث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة ١٣٩٦هـ، ص٢٥٦.

للقضايا والمسائل الفقهية، فقد أثر عنه -رحمه الله- أنه كان يعرض المسائل الفقهية على تلاميذه، «ومن ثم يجري النقاش بينهم فيها فإذا انتهوا إلى رأي أملاه عليهم أو دونه أحد تلاميذه، وربما بقي الخلاف بين التلاميذ وأستاذهم فيدون الرأي وما يتبعه من خلاف»[1].

وبالشورى العلمية على نحو جماعي أخذ المالكية في تعديل الأحكام الفقهية عندما يتبدل عرف الناس وتتغير مصالحهم[2]، وذلك من خلال الحوار والمناظرة وإقامة المجالس القضائية والسلطانية.

ومن أمثلة ذلك ما حصل في بعض عصور الدولة الأموية في الأندلس أيام يحيى ابن يحيى الليثي قاضي قضاتها أن أنشىء مجلس للشورى للنظر في المشاكل الفقهية وكان أعضاء هذا المجلس في بعض الأوقات ستة عشر عضواً[3]، وكان يلقب واحدهم بالمشاوَر.

ولكن بعد عصر الأئمة المجتهدين سلك الفقهاء سبيل الاجتهاد الفردي بشكل عام، على ضيق نطاقه، وانحصاره في الترجيح والتخريج كما أسلفنا.

وفي القرن السابع عشر الميلادي ظهر نوع من الاجتهاد الجماعي المذهبي في الهند حيث أمر السلطان محمد أورنك زيب بهادر عالمكير (١٠٣٨-١١١٨هـ) مجموعة من مشاهير الحنفية بوضع كتاب جامع لظاهر الروايات المتفق عليها وأفتى بها فحول

---

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، د. خليفة بابكر ود. سراج، ص١٤٨.

(٢) انظر: بحث الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي، من ضمن الأبحاث المقدمة لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، ص١٩١.

(٣) انظر: علم أصول الفقه، د. عبد الوهاب خلاف، ص٥٠. وانظر: الاجتهاد الجماعي وأهميته في العصر الحديث، د. عبد خليل، منشور بمجلة دراسات التي تصدرها الجامعة الأردنية، مجلد ١٤، العدد ١٠، ص٢٢٢.

الحنفية وجمع النوادر التي تلقاها العلماء بالقبول، فصنفت هذه اللجنة كتاب: "الفتاوى العالمكيرية" أو "الفتاوى الهندية"، وهو مؤلف مشهور معتمد في الفقه الحنفي، ويقع في ستة مجلدات[1].

وهذا النوع من التأليف لايلتقي -في الواقع- مع الاجتهاد الجماعي إلا في كونه جهداً جماعياً لافردياً، ولكن لايظهر فيه حقيقة الاجتهاد لأنه عبارة عن جمع أقوال وترتيبها واختيار الراجح منها، وهو مرتبط في الفتوى والاجتهاد بالنوازل السابقة وليس الطارئة التي هي محور الاجتهاد الجماعي[2].

وفي أواخر القرن الثالث عشر الهجري صدرت في تركيا الإرادة السلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء برئاسة وزير العدلية لوضع مجموعة من الأحكام منتقاة من فقه المذهب الحنفي، ومرتبة مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة، ولكن الأحكام فصلت بمواد ذات أرقام متسلسلة على طريقة القوانين الحديثة، وأكملت اللجنة عملها في غضون سبع سنوات، وأصدرتها تحت اسم "مجلة الأحكام العدلية" وأصبحت القانون المدني للمحاكم التركية، والبلاد التابعة لها [3].

وبعد ذلك تألفت في البلاد الإسلامية العديد من اللجان الفقهية والقانونية لصياغة واختيار القوانين الشرعية وبخاصة في مجال الأحوال الشخصية؛ ثم كون الكثير من لجان الإفتاء والمجامع الفقهية لممارسة الاجتهاد الجماعي من جديد.

---

(١) انظر: تاريخ الفقه الإسلامي، د. عمر الأشقر، ص١٩٢-١٩٣.

(٢) انظر: بحث إعداد الممارسين للاجتهاد الجماعي. د. محمد كمال الدين إمام.

(٣) تاريخ الفقه الإسلامي، د. عمر الأشقر، ص١٩٣.

ضرورة الاجتهاد الجماعي اليوم :

إن عصرنا الراهن يتميز بتنوع المشكلات وتعددها وتعقدها نظراً للتطور الحضاري والصناعي والاجتماعي في كل المجالات كما أشرنا، في المجالات الطبية والعلمية والتجارية والسياسية والدولية والاقتصادية وغيرها، وإن الاجتهاد الفردي يتعذر عليه، أو يتعسر، أن ينهض بعبء مواجهة هذه المشكلات وإيجاد الحلول المناسبة لها.

ذلك لأن فروع المعرفة قد تنوعت، وأبعاد الكثير من القضايا قد تشعبت، وقد لا يستغنى عن الكثير من وجوه المعرفة وأنواع التجربة والخبرة، لاستجلاء الواقع -محل الاجتهاد- ولا بد من الرجوع إلى أهل التخصص للإحاطة بالموضوع ومعرفة ما يتعلق به من مصالح أو مفاسد، أو سلبيات أو إيجابيات، وقد ذكر الشاطبي بعض الأمثلة على التخصصات الضرورية لتحقيق المناط منها: الصانع في معرفة عيوب الصناعات، والطبيب في العلم بالأدواء والعيوب، وعرفاء الأسواق في معرفة قيم السلع ومداخل العيوب فيها، والعاد في معرفة القسمة، والماسح في تقدير الأرض ونحوه[1]. ومثل ذلك كل من له علاقة وثيقة بالمشكلات المطروحة، والفرد الواحد لا يحيط بذلك علماً، ولا يطيق له اجتهاداً، فلا بد، لصحة الاجتهاد، من تكاتف الجهود، وتلاقح الأفكار، والاستعانة بالمتخصصين في كثير من فروع المعرفة عند الاقتضاء مثل القانونيين والاجتماعيين والاقتصاديين وأصحاب العلوم التجريبية كالطب والهندسة ونحوهما، مما يعين على التشخيص الدقيق للواقع واستكشاف آفاقه، ليعطي -في ضوء ذلك- أفضل الأحكام له.

إن الاجتهاد الفردي في مثل هذه القضايا، قد يكون فجاً ولايخلو من عيب أو

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٩٢/٤.

قصور، أو عجلة أو ابتسار، أو تفريط أو إفراط، أو جمود أو شذوذ، كما أنه قد يصدر أحياناً عمن ليس من أهله، ولا يملك العقلية الفقهية الناضجة، أو يصدر عن هوى أو حاجة في النفس، تحابى فيه هذه الجهة أو تلك، لاعتبار أو لآخر، أو يقع تحت تأثير ضغط أو تسلط، أو ترغيب أو ترهيب، أو تلبيس أو تضليل، وفي الاجتهاد الجماعي حد لتلك السلبيات وحراسة للمجتمع من الفتاوى المضللة، والاجتهادات المرتجلة، وحماية من سهام المغرضين والمفسدين وقطع لمشاغبة المشاغبين ومتاجرة المتاجرين، ما دامت الآراء فيه تعرض على بساط البحث، وتطرح للمناقشة والنقد وتدرس بحيدة وموضوعية، وتستصفى فيه القرارات والتوصيات بعد التشاور والتمحيص، والمراجعة والتقويم.

ولا يعني ذلك -بحال- اعتقال العقول واغتيال المواهب والطاقات أو حكر الاجتهاد على طبقة معينة وجعلها وصية على الدين من دون الناس، إنما هو ترشيد للاجتهاد ووضع له في نصابه الصحيح، وصيانة له من العبث والفوضى والانفلات، كما أنه مظهر حضاري للأمة، وتعميق لوحدتها، وتضييق لشقة الخلاف بين أفرادها.

لا شك أن الناس متفاوتون في الملكات والقدرات، وبالاجتهاد الجماعي تتساند الطاقات، وتتعاون العقول، وتستنير السبل، فكلٌ يدلي بدلوه، ويعرض وجهة نظره، ويبدي ما يراه من ملاحظات، فيذكر ما نسيه غيره، ويستدرك ما فاته وينبه على ما أغفله، ويبين خطأه أو صوابه، فتتسلط الأضواء، وتتضح المعالم، ويزول الإشكال، وتمهد الطريق للاجتهاد السليم والحل القويم.

والاجتهاد الجماعي كذلك ضروري لمواصلة حركة تقنين الفقه الإسلامي،

وتشجيع الدول على تبنيه لتوحيد النظم القضائية والقانونية، والقضاء على ازدواجية التشريعات، وتقريب الفجوة بين الفقه والواقع المعاش، والحيلولة دون عزل الشريعة عن الحياة العامة والخاصة، وتعرض الهوية الإسلامية للتراجع والذوبان.

وهناك مجالات عديدة تحتاج الاجتهاد الجماعي، مثل أنواع الشركات المتعددة الحديثة، وأنواع التأمينات، وأنواع البنوك من عقارية وصناعية وزراعية وتجارية واستثمارية، وما يتعلق بها من حسابات جارية وودائع وقروض وتحويل وصرف ... الخ، والنقود الورقية، والعقود الاقتصادية الحديثة، وأحكام متعلقة بالعبادات كصلاة الجمعة بخطبة مسجلة أو مذاعة، وكالأذان المسجل وغير ذلك[1]، فضلاً عن القضايا الطبية والسياسية والاجتماعية المتنوعة.

من أقوال المعاصرين في الاجتهاد الجماعي:

(١) جاء في قرارات المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية الذي عقد في القاهرة عام ١٩٨٣هـ ما يلي:

«إن الكتاب الكريم والسنة النبوية هما المصدران الأساسيان للأحكام الشرعية وإن الاجتهاد لاستنباط الأحكام منهما حق لكل من استكمل شروط الاجتهاد المقررة، وكان اجتهاده في محل الاجتهاد، وإن السبيل لمراعاة المصالح ومواجهة الحوادث المتجددة هو أن يتخير من أحكام المذاهب الفقهية ما يفي بذلك ،فإن لم يكن في أحكامها ما يفي به كان الاجتهاد الجماعي المذهبي، فإن لم يفِ كان الاجتهاد الجماعي المطلق، وينظم

(١) انظر: الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، د. يوسف القرضاوي، ص١٠٢ وما بعدها. والاجتهادات في الشريعة الإسلامية، د. وهبة الزحيلي، ص١٩١، بحث مقدم لمؤتمر الفقه الإسلامي الذي عقدته جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض.

المجمع وسائل الوصول إلى الاجتهاد الجماعي بنوعيه ليؤخذ به عند الحاجة»[1].

(٢) قال الشيخ عبد الوهاب خلاف في بيان أهمية الاجتهاد الجماعي:

«الذين لهم الاجتهاد بالرأي هم الجماعة التشريعية الذين توافرت في كل فرد واحد منهم المؤهلات الاجتهادية التي قررها علماء الشرع الإسلامي، فلا يسوغ الاجتهاد بالرأي لفرد مهما أوتي من المواهب، واستكمل من المؤهلات، لأن التاريخ أثبت أن الفوضى التشريعية في الفقه الإسلامي كان من أكبر أسبابها الاجتهاد الفردي، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة إلا إذا توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته، ولا يسوغ الاجتهاد بالرأي لجماعة توافرت في كل فرد من أفرادها شرائط الاجتهاد ومؤهلاته إلا بالطرق والوسائل التي مهدها الشرع الإسلامي للاجتهاد بالرأي ليؤمن الشطط، ويسار على سنن الشارع في تشريعه وتقنينه»[2].

(٣) دعا الأستاذ مصطفى الزرقا إلى ضرورة الاجتهاد الجماعي فقال:

«لقد كان الاجتهاد الفردي ضرورة في الماضي، وهو اليوم ضرر كبير، فالمحاذير التي كانت مخاوف يخشى وقوعها في القرن الرابع الهجري، ولأجلها أغلق فقهاء المذاهب باب الاجتهاد، قد أصبحت اليوم أمراً واقعاً.

فإذا أردنا أن نعيد للشريعة وفقهها روحها وحيويتها بالاجتهاد الواجب استمراره في الأمة شرعاً، والذي هو السبيل الوحيدة لمواجهة المشكلات الزمنية الكثيرة بحلول شرعية جريئة عميقة البحث، متينة الدليل، بعيدة عن الشبهات والريب والمطاعن، قادرة على أن تهزم الآراء والعقول الجامدة والجاحدة على السواء، فإن الوسيلة الوحيدة

(١) مجمع البحوث الإسلامية، المؤتمر الأول، الأزهر، ص١٠، ١١.

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، ص١٣. وانظر: الاجتهاد الجماعي وأهميته في العصر الحديث، د. عبد خليل، ص٢٣٠-٢٣١.

إلى ذلك هي أن نؤسس أسلوباً جديداً للاجتهاد، وهو اجتهاد الجماعة، بدلاً من الاجتهاد الفردي، وبذلك نرجع بالاجتهاد إلى سيرته الأولى في عصر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما»[1].

وجاء مثل ذلك عن محمد الطاهر بن عاشور ومحمود شلتوت وأحمد شاكر والدكتور محمد يوسف موسى وغيرهم.

المبحث الثالث
حجية الاجتهاد الجماعي

إن الحديث عن حجية الاجتهاد الجماعي -في تقديري- يستلزم الحديث عن حجية الإجماع عموماً، وإن كانا يختلفان واقعاً من حيث إن الإجماع داخل في عداد المصادر التشريعية، والاجتهاد الجماعي مسلك اجتهادي قائم على الشورى والمناقشة، والإجماع لايقوم إلا باتفاق جميع المجتهدين من الأمة ولايتعدد في الموضوع الواحد في العصر الواحد بينما قد يكون الاجتهاد الجماعي في مذهب معين وبحضور جماعة المجتهدين، وقد يضم غير المجتهدين من أهل الخبرة، وقد يتعدد في موضوعه في آن واحد [2]. إلا أن الاجتهاد الجماعي -رغم هذه الفروق الواضحة- يبقى وثيق الصلة بالإجماع من قبل أنه يمكن أن يتمخض عن اتفاق إجماعي أو اتفاق أغلبي أو إجماع سكوتي، ولذلك سنبحث المسائل الآتية بشيء من الإيجاز:

(١) الاجتهاد ودور الفقه في حل المشكلات، مصطفى الزرقا، مجلة الدراسات الإسلامية التي يصدرها مجمع البحوث الإسلامية في إسلام آباد، ص١١٧، مجلد ١٩٨١م.

(٢) انظر: بحث إعداد الممارسين للاجتهاد الجماعي، د. محمد كمال الدين إمام، ص١١، من بحوث ندوة الاجتهاد الجماعي التي عقدتها جامعة الإمارات العربية المتحدة في ديسمبر ١٩٩٦م.

أولاً: حجية أصل الإجماع :

للعلماء في حجية الإجماع ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الإجماع حجة قطعية مطلقاً في أي عصر من العصور، وبه قال جمهور أهل السنة.

المذهب الثاني: الحجة في إجماع الصحابة فقط، وبه قال الظاهرية وأحمد في رواية.

المذهب الثالث: ليس حجة مطلقاً وبه قال النظام وبعض الخوارج وبعض الشيعة إلا من حيث دخول الإمام المعصوم فيهم[1].

أدلة الجمهور على حجية الإجماع :

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم:

استدلوا بالعديد من الآيات منها :

١- قوله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى، ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً﴾[2].

ووجه الدلالة أن الآية جعلت اتباع غير سبيل المؤمنين موجباً للعقاب، فكان محرماً، وبذلك يكون سبيل المؤمنين حجة يجب اتباعه، والعمل بمقتضاه، ويدخل فيه ما اختاروه لأنفسهم من فتوى أو قول أو عمل.

وقد ذكر السبكي أن الشافعي قد استنبط الاستدلال بهذه الآية على حجية الإجماع وأنه لم يسبق إليه، وحكى أنه تلا القرآن ثلاث مرات

---

(١) انظر: التبصرة للشيرازي -ت د. محمد هيتو- دار الفكر، ص٣٤٩ وما بعدها. المحصول في علم الأصول للرازي -ت د. طه جابر العلواني ٤٦/٢، القسم الأول. حجية الإجماع، د. محمد الفرغلي، ص١٢٨، دار الكتاب الجامعي. المسودة في الفقه، ابن تيمية، ص٣١٦، إرشاد الفحول للشوكاني، ص٧٣.

(٢) سورة النساء، آية ١١٥.

حتى استخرجه[1].

٢- قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾[2].

والاستدلال بالآية من وجهين:

الوجه الأول: إن الله أمرنا بطاعة أولي الأمر على سبيل الجزم والقطع، وهم أهل الحل والعقد، ويدخل فيهم الأئمة المجتهدون، ويؤيده أن ابن عباس رضي الله عنهما قد فسر أولي الأمر بالعلماء، ومن أمرنا الله بطاعته قطعاً لابد أن يكون معصوماً من الخطأ، وذلك يوجب القطع بحجية الإجماع[3].

الوجه الثاني: إن الآية لم توجب الرد إلى الله والرسول إلا عند التنازع، ومفهومه أن الاتفاق حق كاف عن الرد إلى الكتاب والسنة[4]، ويجب العمل بمقتضاه.

٣- قوله تعالى: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله﴾[5].

ووجه الدلالة أن لام الجنس تقتضي الاستغراق فيجب أن يكون كل ما يأمرون به معروفاً وكل ما ينهون عنه منكراً، وهذا يقتضي أن ما أجمعوا عليه من المعروف يكون حقاً وصواباً.

---

(١) انظر: حجية الإجماع، د. محمد فرغلي، ص١٣٠.

(٢) سورة النساء، آية ٥٩.

(٣) راجع تفسير الرازي لهذه الآية.

(٤) انظر: المستصفي للغزالي ٢٢٩/٢، ت حمزة زهير.

(٥) سورة آل عمران، آية ١٠.

٤- قوله تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمةً وسطاً لتكونوا شهداء على الناس.....﴾[١].

ووجه الدلالة أن معنى الوسط الخيار والعدل، قال الله تعالى: ﴿قال أوسطهم﴾ أي أعدلهم، وفي الحديث: «خير الأمور أوسطها» أي أعدلها، وقال الشاعر:

همو وسط يرضى الأنام بحكمهم   إذا طرقت إحدى الليالي بمعظم

والحكم لهم بالعدالة والخيرية والشاهدية دليل على قبول قولهم وعصمتهم من المحظورات وهذا يقتضي الإصابة والحقية في إجماعهم. وهناك آيات أخرى استدل بها على الإجماع[٢].

وقد نوقش الاستدلال بهذه الآيات من وجوه عدة لايتسع المقام لبسطها، ومما يدل على احتمالية دلالتها قول الغزالي: "فهذه كلها ظواهر لا تنص على الغرض، بل لا تدل أيضاً دلالة الظواهر، وأقواها قوله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول ..﴾ وقال: "والذي نراه أن الآية ليست نصاً في الغرض، بل الظاهر أن المراد بها أن من يقاتل الرسول ويشاقه ويتبع غير سبيل المؤمنين في متابعته ونصرته ودفع الأعداء عنه نوله ما تولى ..."[٣].

---

(١) سورة البقرة، آية ٤٣.

(٢) منها قوله تعالى: ﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾ وقوله: ﴿وممن خلقنا أمة يهدون بالحق وبه يعدلون﴾ وقوله: ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله﴾ وغيرها.

(٣) المستصفى ٣٠١/٢.

ثانياً: الأدلة من السنة:

استدلوا بجملة من الأحاديث، منها:

قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تزال طائفة من أمتي قائمة بأمر الله لا يضرهم من خذلهم أو خالفهم حتى يأتي أمر الله وهم ظاهرون».رواه مسلم.

قال النووي: «وفيه دليل لكون الإجماع حجة وهو أصح ما استدل به له من الحديث»[1].

وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[2] وفي رواية: «لا تجتمع أمتي على خطأ».

وقوله: «من فارق الجماعة مات ميتة جاهلية»[3]. وهناك أحاديث أخرى في هذا المجال.

ومن اعتراض المخالفين أن هذه أحاديث آحادية ظنية الثبوت، لا يصح إثبات القطعي بها. وأجيب على ذلك بأنها تواترت من جهة المعنى، فقد تظاهرت الرواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بألفاظ مختلفة مع اتفاق المعنى على عصمة هذه الأمة من الخطأ، وصار ذلك موجباً للعلم، وبهذا الطريق علمنا شجاعة علي وسخاء حاتم وخطابة الحجاج ونحو ذلك.

ومن اعتراضهم أن المراد بالضلالة الكفر أو البدعة، أو يحتمل العصمة عن بعض أنواع الخطأ.

---

(١) النووي على مسلم ٧/٧٧.

(٢) ذكر العجلوني أنه رواه أحمد والطبراني وابن أبي خيثمة وابن أبي عاصم وأبو نعيم والحاكم وأعله اللالكائي في السنة، ورواه ابن مندة والضياء والترمذي وابن ماجة ثم قال: "وبالجملة فالحديث مشهور المتن وله أسانيد كثيرة وشواهد عديدة في المرفوع وغيره". انظر: كشف الخفاء للعجلوني ٢/ ٣٥٠.

(٣) رواه البخاري في كتاب الفتن وكتاب الأحكام، ومسلم في كتاب الإمارة.

وأجيب بأنه تخصيص من غير مخصص، والعصمة من الكفر معلومة ضرورة، ولا تتحقق بها ميزة الأمة على الأفراد.

ثالثاً: الاستدلال من المعقول: وقد استدل الغزالي من وجهين:

الوجه الأول: أن هذه الأحاديث لم تزل مشهورة ولم يظهر أحد فيها خلافاً أو إنكاراً إلى زمن النظام.

ويستحيل في مستقر العادة توافق الأمم في أعصار متكررة على التسليم لما لم تقم الحجة بصحته مع اختلاف الطباع وتفاوت الهمم والمذاهب في الرد والقبول.

الوجه الثاني: أن المحتجين بهذه الأخبار أثبتوا أصلاً مقطوعاً به، وهو الإجماع الذي يحكم به على كتاب الله تعالى وعلى السنة المتواترة.

ويستحيل عادة التسليم بخبر يرفع به الكتاب المقطوع به إلا إذا استند إلى مستند مقطوع به[1].

أدلة القائلين بقصر الإجماع على عصر الصحابة :

١- قالوا: إن قوله تعالى: ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس... الآية﴾ خاصة بالصحابة.

وأجيب بأن الأصل أن يكون الخطاب لسائر المؤمنين، كقوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾[2]، وسائر ما ورد به الشرع من هذا الجنس خطاب لجميع المؤمنين.

٢- إن الإجماع لا يكون إلا عن توقيف، أي عن سماع من رسول الله صلى الله

(١) المستصفى للغزالي ٢/٣٠٥-٣٠٦.

(٢) انظر: التبصرة للشيرازي، ص٣٦٠.

عليه وسلم، والصحابة هم الذين شهدوا التوقيف.

٣- قالوا كذلك: يشترط في الإجماع أن يحصل من جميع الأمة، وهذا لا يتحقق إلا في الصحابة لأنهم كل الأمة، لم يسبقهم أحد، فلا مؤمن سواهم، وأما ما تلا ذلك من عصور، فأهل كل عصر بعض الأمة.

والرد على ذلك أن المقصود بالأمة من عاصر ما وقع من حوادث استدعت اجتماع العلماء لها، وهي الأمة التي يتصور فيها اختلاف واجتماع، وليس المقصود كل الأمة لأنه متعذر[1].

أدلة المنكرين لحجية الإجماع:

من أبرز أدلتهم:

١- قوله تعالى في القرآن: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء﴾، فلا يرجع في تبيان الأحكام إلا إليه والإجماع غيره.

والجواب أن القرآن بين حجية الإجماع كما بين حجية السنة والقياس.

٢- قوله تعالى: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ ولم يأمر بالرد إلى الإجماع.

ويجاب بأن القرآن أرشدنا إلى الإجماع إذا لم يوجد الحكم في الكتاب أو السنة.

٣- قالوا: حديث معاذ لم يذكر الإجماع.

ويرد عليه بأنه لم يكن إجماع في زمانه صلى الله عليه وسلم.

٤- قالوا: تظاهرت الأحاديث على فشو الكذب والعصيان في الأمة آخر الزمان

(١) انظر: اجتهاد الصحابة، د. حسنين محمود، ص١١٠، ط سنة ١٩٨٧م. وانظر: المستصفى للغزالي ٣٠٢/٢.

فكيف يتحقق الصواب في إجماعهم حينئذ ؟

والإجابة أن هذا لا يدل على أنه لا يبقى متمسك بالحق، ويناقض قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق... الحديث».

وبعد استعراض أدلة كل فريق لا يسعنا إلا ترجيح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم، حتى ولو سلمنا بأن هذه الأدلة ظنية، فإنها كما يقول الشاطبي مأخوذة من مواضع تكاد تفوق الحصر، وهي مع ذلك مختلفة المساق لا ترجع إلى باب واحد إلا أنها تنتظم معنى واحداً هو حجية الإجماع، وإذا تكاثرت الأدلة عضد بعضها بعضاً، فصارت بمجموعها مفيدة للقطع، فإن للاجتماع من القوة ما ليس للافتراق[1].

ثانياً: حجية اتفاق الأغلبية :

يعرف جمهور الأصوليين الإجماع بأنه: «اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم، بعد وفاته، في عصر من العصور على أمر من الأمور»[2].

فهل يشترط في الإجماع اتفاق جميع المجتهدين أم ينعقد بقول الأكثرية ؟

<u>اختلف العلماء في ذلك على مذاهب أشهرها:</u>

المذهب الأول: يشترط اتفاق جميع المجتهدين لتحقيق الإجماع، ولا ينعقد بقول الأكثرية، وهو مذهب الجمهور. ومن أدلتهم:

١- إن حجية الإجماع تستند إلى النصوص الدالة على عصمة الأمة، ولفظ الأمة يطلق حقيقة على الجميع، وحمله على الأكثر لا يصار إليه إلا بقرينة،

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ١/١٤-١٥.

(٢) انظر: دراسات حول الإجماع والقياس، د. شعبان محمد إسماعيل، ص٢٣. وانظر: المحصول للرازي ٢/ ٢٠، القسم الأول. تقريب الوصول إلى علم الأصول، ابن جزيء الكلبي، ص٣٢٧- ت د. محمد المختار الشنقيطي.

وحيث لا قرينة وجب الحمل على الحقيقة، وإرادة الكل منه، وذلك أحوط، لدخول الأكثر فيه قطعاً، فيؤدي إلى العمل بما أراده النبي صلى الله عليه وسلم حتماً[1].

٢- إن الله تعالى يقول: ﴿وإن تنازعتم في شيءٍ فردوه إلى الله والرسول﴾ والتنازع قائم مع مخالفة الأقلية فوجب الرد إلى الكتاب والسنة[2].

٣- أجمع الصحابة على تجويز الخلاف للآحاد، من ذلك مخالفة ابن مسعود وغيره لأكثر الصحابة فيما تفردوا به من مسائل الفرائض وغيرها، وكذلك خالف ابن عباس رضي الله عنهما الجمهور في المتعة وربا الفضل والعول.

وما وجد من الإنكار في هذه الحالات فليس إنكار تخطئة لمخالفة الإجماع، إنما إنكار لمخالفة الرواية أو على سبيل المناظرة في المأخذ، كما جرت به عادة المجتهدين بعضهم مع بعض.

ولذلك صح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه رجع إلى مذهب الجمهور لما رووا له الأخبار الدالة على تحريم ربا الفضل ونسخ المتعة.

وقد خالف أكثر الصحابة رضي الله عنهم أبا بكر في قتال مانعي الزكاة، ولم يقل أحد أن خلافه غير معتد به، بل لما ناظروه رجعوا إلى قوله[3].

---

(١) انظر: المستصفى للغزالي ٣٤٢/٢. حجة الإجماع، د. فرغلي، ص٣٠٨. التبصرة للشيرازي، ص٣٦٢.

(٢) التبصرة للشيرازي، ص٣٦٢.

(٣) انظر: المحصول للرازي ٢٥٨/٢. حجية الإجماع، د. فرغلي، ص٣٠٨. التبصرة للشيرازي، ص٣٦٢. المستصفى للغزالي ٣٤٣/٢.

المذهب الثاني: ينعقد الإجماع بقول الأكثرية، وهو منقول عن الطبري، وأبو بكر الجصاص الحنفي وأبو الحسين الخياط وأحمد في رواية.

واختلفوا في تحديد الأقلية التي لا تخرم الإجماع، فمنهم من شرط أن لا تبلغ حد التواتر، ومنهم: لا تزيد على الاثنين، ومنهم: لا تزيد على الواحد.

واشترط بعضهم أن لا تسوغ الجماعة اجتهاد المخالف كخلاف ابن عباس في المتعة، وإلا فخلافه معتبر[1].

وأبرز الأدلة التي استندوا إليها:

١- إن لفظ الأمة يصح إطلاقه على أهل العصر وإن شذ عنهم القليل، كما يقال: بنو تميم يحمون الجار ويكرمون الضيف والمراد أكثرهم، وكما يقال في البقرة: «إنها سوداء» وإن كانت فيها شعرات بيض.

٢- جاء في الحديث: «عليكم بالسواد الأعظم»[2]، «عليكم بالجماعة»[3]، و«إياكم والشذوذ»[4]، والواحد والاثنان بالنسبة إلى الخلق شذوذ.

ويجاب على هذين الدليلين بأن إطلاق لفظ الأمة على الأكثر مجاز، وحمله على الحقيقة أولى، وعليه يحمل قوله صلى الله عليه وسلم: «عليكم بالسواد الأعظم» أي كل الأمة، لأنه لا أعظم منه، وحمله على الأكثر يصدق على النصف من الأمة إذا زاد على النصف الآخر بواحد، ولا

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي.

(٤) عند الترمذي: "من شذ شذ في النار".

قائل به[1].

٣- احتجوا بأن خلافة أبي بكر انعقدت بالأكثرية لمخالفة علي وسعد ابن عبادة رضي الله عنهما.

والرد أن علياً تخلف لعذر ثم بايع، وأما سعد فلم يكن تخلفه عن اجتهاد، ثم لا يشترط لانعقاد الخلافة موافقة الجميع، بل بيعة أهل الحل والعقد كافية.

٤- قالوا: خبر الجماعة يفيد العلم فليكن كذلك في باب الإجماع والاجتهاد.

ويرد على ذلك بأنه قياس مع الفارق، لأن الرواية خبر عن محسوس، والظن فيه يقوى بكثرة الرواة حتى يصل حد القطع بالتواتر، وأما الإجماع فعماده الاجتهاد، ولم تضمن العصمة فيه ببلوغ حد التواتر، إنما بإجماع كل المجتهدين، وإلا لحصلت الحجية بقول الواحد والاثنين كالرواية ولم يقل به أحد.

المذهب الثالث: إن رأي الأكثرية حجة أي ظنية وليس إجماعاً، وهو ما استظهره ابن الحاجب في مختصره[2].

ودليله أن اتفاق الأكثر يدل ظاهراً على وجود دليل راجح أو قاطع، ومن المستبعد أن يكون دليل المخالف هو الراجح، ومن المستبعد أن يجهلوه أو يعرفوه ويخالفوه عمداً أو خطأ، والاحتمالات البعيدة لا يترك الظاهر بها، ونظراً لوجود الاحتمال فإن قول الأكثرية يكون حجة لا إجماعاً مفيداً للقطع واليقين[3].

---

(١) انظر: المحصول ٢/٢٦١. المستصفى ٢/٣٤٦. حجية الإجماع، د. فرغلي، ص٣١٠.

(٢) المستصفى ٢/٣٤٧.

(٣) انظر: أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ١/٥٢٢.

ويرد على ذلك بأنه لا مانع من أن يكون الحق في جانب القلة، لأن الكثرة ليست معصومة، وكثيراً ما ظهر الحق في جانب الأقل، كخلاف أبي بكر في قتال مانعي الزكاة، وقال تعالى: ﴿وقليل من عبادي الشكور﴾[1]، وقال: ﴿أكثرهم لا يعقلون﴾[2]، وقال: ﴿كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة بإذن الله﴾[3].

وإذا لم يكن ضابط ولا مرد فلا مناص ولا خلاص إلا باعتبار الجميع.

والذي يظهر أن رأي الجمهور هو الصحيح لقوة أدلتهم، ولكن رأي الأكثرية يصلح للترجيح عند تقابل الأدلة، لأن النفس بفطرتها تستأنس به وتطمئن إليه، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يتبع رأي الأكثرية في المصالح الدنيوية، فلا أقل من أن يكون عامل ترجيح في المسائل الدينية.

ثالثاً: حجية الإجماع السكوتي:

والإجماع السكوتي أن يقول بعض علماء العصر قولاً في مسألة اجتهادية ويسكت الباقون بعد اطلاعهم على هذا القول من غير إنكار، ولا قرينة تدل على رضى أو سخط[4]. ولا بد فيه من أربعة شروط:

١- أن يظهر القول وينتشر حتى لا يخفى على الساكت.

٢- أن تمضي مدة كافية للتأمل والنظر في المسألة وتكوين الرأي فيها.

٣- أن لا تظهر من الساكت علامة إنكار مع القدرة عليه، وعدم إمارة سخط أو تقية

---

(١) سورة سبأ، آية ١٣.

(٢) سورة العنكبوت، آية ٦٣.

(٣) سورة البقرة، آية ٢٤٩.

(٤) انظر: أصول الحنفية للسرخسي ١/ ٣٣٠. أصول الفقه الإسلامي، د. بدران أبو العينين، ص١١٤. أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ١/٥٥٢.

أو توقير أوحياء.

٤- أن يكون السكوت قبل استقرار المذاهب، لأن السكوت بعد ذلك قد يكون لاعتمادهم على معرفة مذاهبهم في تلك المسألة، فلا يكون دليلاً على الموافقة[١].

فإذا استقر الخلاف في مسألة فقهية وحضر مجتهدو المذهبين، وتكلم أحدهم بما يوافق مذهبه وسكت المخالف لايحمل السكوت على الرضا لتقرر سبق الخلاف إذ هو إمارة عدم الموافقة.

٥- أن تكون المسألة من المسائل التي يسوغ الاجتهاد فيها، وهي التي يكون الدليل الوارد فيها ظنياً، أما إذا كانت من المسائل التي لايجوز فيها الاجتهاد فإن إفتاء بعض العلماء فيها برأي على خلاف الدليل القطعي الوارد فيها، وسكوت باقي المجتهدين لا يعتبر دليلاً على الموافقة على ذلك الحكم، وإنما يعتبر من قبيل الإهمال لقول ذلك القائل وعدم الاعتداد برأيه لمخالفته ماهو قطعي. ومع توفر هذه الشروط اختلف العلماء فيه على مذاهب عدة أهمها:

المذهب الأول: يعتبر حجة وإجماعاً، وبه قال أكثر الحنفية وأحمد وبعض الشافعية وبعض المالكية[٢]، ومن أدلتهم:

١- أنه لو شرط لانعقاد الإجماع التنصيص من كل واحد من المجتهدين لأدى ذلك إلى انتفاء الإجماع لتعذر سماع رأي كل مجتهد عادة، والمتعذر معفو عنه، بل إن العادة في كل عصر أن يتولى أكابر العلماء الفتوى ويسكت

(١) انظر: دراسات حول الإجماع والقياس، د. شعبان محمد إسماعيل، ص٨٥. أصول الفقه الإسلامي، أحمد الشافعي، ص٩١. وانظر: حجية الإجماع، د. فرغلي ٣٥/١. تقريب الوصول، ابن جزي،، ص٣٣٤.

(٢) انظر: الأحكام للآمدي ٣٦١/١. تقريب الوصل، ابن جزي،، ص٣٣٤.

الباقون تسليماً لهم.

٢- قام الإجماع على اعتبار الإجماع السكوتي دليلاً قطعياً في الاعتقاديات فيقاس عليها الأحكام الاجتهادية لأن الحق في الموضعين واحد[١].

٣- ثبت من الأدلة عدم اختصاص الإجماع بنوع دون نوع، لأن الأدلة مطلقة، والتقييد لا دليل عليه[٢].

المذهب الثاني: لا يعتبر إجماعاً ولا حجة، وبه قال أكثر المالكية وبعض أصحاب أبي حنيفة، وإليه ذهب الشافعي في آخر أقواله، وهو منقول عن داود[٣].

وقد استدلوا بما يلي:

١- بحديث ذي اليدين، وفيه أنه لما قال: أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله، نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال: «أحق ما يقوله ذواليدين؟[٤]»، فلو كان سكوتهما يعتبر موافقة لما قاله ذو اليدين لما سألهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ولاكتفى بقول ذي اليدين.

وأجيب عن ذلك بأن سؤال الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن لأنه لا يعتبر السكوت موافقة، وإنما ليتأكد من صحة كلام ذي اليدين ليتم الصلاة، وهذا يمكن أن يكون مع اعتباره السكوت موافقة[٥].

---

(١) انظر: أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ٥٥٣/١-٥٥٤.

(٢) الأحكام للآمدي ٣٦١/١. التبصرة للشيرازي، ص٣٩١. حجية الإجماع، د. فرغلي، ص٣٦٠. أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، ص٨٦.

(٣) انظر: المحصول للرازي، ص٢١٥. تقريب الوصول، لابن جزيء، ص٣٣٤. التبصرة للشيرازي، ص٣٩١. التحصيل للأرموي ٦٦/٢. نشر البنود للشنقيطي ٩٣/١. مفاهيم إسلامية، د. محمد سعاد جلال، ص٦٥ ومابعدها. حجية الإجماع، د. فرغلي، ص٣٦٣.

(٤) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة.

(٥) انظر: أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي ٥٥٧/١.

واستدلوا بآثار أخرى مشابهة عن عمر رضي الله عنه، ودلالتها ضعيفة، وللمخالفين أجوبة عليها.

٢- استدل الإمام الرازي وغيره بالمعقول من ثمانية وجوه أهمها:

أ- أن يكون في باطنه مانع من إظهار القول.

ب- أن يعتقد أن كل مجتهد مصيب.

جـ- أنه لو أنكر لم يلتفت إليه ولحقه بسبب ذلك ذل، كما قال ابن عباس في سكوته عن العول: «هبته وكان والله مهيباً».

د- ربما كان في مهلة النظر.

فإذ احتمل السكوت هذه الجهات كما احتمل الرضى لم يكن دليلاً على الرضا لا قطعاً ولا ظاهراً، هذا معنى قول الشافعي رحمه الله: «لا ينسب لساكت قول»[١]، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

المذهب الثالث: لا يعتبر إجماعاً ولكن حجة ظنية، وإليه ذهب أبو هاشم والكرخي من الحنفية والآمدي من الشافعية وبه قال الصيرفي[٢].

واستدلوا بأن العادة جارية أن الناس إذا تفكروا في مسألة مدة طويلة واعتقدوا خلاف ما انتشر فيها من القول أظهروا الإنكار، إذا لم يكن هناك مانع من تقية وغيرها، ولو كان شيء من هذه الموانع لانتشر فيما بين الناس، ولما لم يظهر شيء من ذلك كان السكوت دليل الموافقة[٣]، بيد أنه لا يرقى إلى الإجماع لإمكان الاحتمال.

---

(١) انظر: المحصول للرازي، ص٢١٦ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص٢١٥. الأحكام للآمدي ٣٦١/١. حجية الإجماع، د. فرغلي، ص٣٦٧.

(٣) انظر: المحصول للرازي، ص٢٢٠.

والراجح في تقديري أن الإجماع السكوتي معتبر وحجة قاطعة إن تحققت شروطه، واحتفت به القرائن الدالة على العلم والرضى، وكانت القضية -محل الإجماع- على جانب من الشهرة والأهمية عند العلماء، وذلك لانتفاء الاحتمالات التي ذكرها المخالفون في هذه الحالة، فالسكوت حينئذ دليل الموافقة، لأن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان، والعادة أن يفزع العلماء إلى الاجتهاد وإبداء الرأي في النوازل وأن لا يكتموا الخلاف إن وجد، ولا يسكتوا على باطل، والأدلة التي دلت على الإجماع لم تفرق بين نوعيه: الصريح والسكوتي، فكان قطعياً فيهما على السواء، وما نقل من الإجماعات عن الصحابة وغيرهم هو في الحقيقة من الإجماع السكوتي لأن من الصعوبة بمكان استنطاق كل واحد منهم في هذه المسائل وإثبات ذلك بالإسناد.

مدى حجية الاجتهاد الجماعي:

على ضوء ما أسلفنا فإن حجية الاجتهاد الجماعي -في نظري- تكون على التفصيل الآتي:

١- إذا تمخض الاجتهاد الجماعي عن إجماع صريح أو سكوتي يكون حجة قاطعة، للأسباب التي مر ذكرها، وإن كان هذا عزيزاً فليس بمستحيل، إذ من الممكن نشر البحوث وإعلان التوصيات المتعلقة بموضوع من المواضيع، وإرسالها إلى كل الجهات ذات الاهتمام والاختصاص، وإشهارها بمختلف الوسائل، لاستطلاع الآراء فيها، وتبين موقف العلماء الآخرين منها، فإذا مضت مدة كافية للبحث والدراسة وتكوين الرأي فيها، ولم يكن اعتراض أو استدراك من جهة، وكانت حرية الاجتهاد والنقد مصونة، ولم تكن للمسألة -محل الاجتهاد- علاقة بمراكز القوى والنفوذ وجهات الضغط المادي والمعنوي في المجتمع، ولا تتأثر بعوامل الترغيب والترهيب، إذا

توافرت تلك الظروف، يصبح الاجتهاد الجماعي في مثل هذه المسألة حجة وإجماعاً. وبعضهم يعتبر من ذلك مثلاً الإجماع على إباحة التأمين التعاوني[1].

٢- إذا لم تتوافر شروط الإجماع الصريح أو السكوتي، فمن الممكن أن يكون الاجتهاد الجماعي في حكم الاتفاق الأغلبي أو من الاجتهاد الفردي المميز بالشورى والمناقشة والتمحيص، وذلك بحسب عدد المؤتمرين، ومكانتهم، وما جرى بينهم من وفاق وخلاف، ومدى اعتراضات الآخرين من غير المشاركين.

وهو في الحالتين لا يكون حجة تلزم المخالفين من المجتهدين -في الأمور الخاصة- في نظري، كما انتهينا إليه من عدم حجية إجماع الأكثرية، ومن باب أولى الاجتهاد الفردي، ولو كان شورياً، ومن القواعد المقررة أن كل مجتهد ملزم باتباع اجتهاده، سواء أكان مجتهداً مطلقاً أم مجتهداً جزئياً، على القول بتجزئة الاجتهاد، وهو الصحيح، يقول الشاطبي: «فأما المجتهد الناظر لنفسه فما أداه إليه اجتهاده فهو الحكم في حقه»[2].

وفي هذا الإطار يتساوى الاجتهاد الجماعي مع الاجتهاد الفردي في الحجية، لأن القطع في الأحكام الفقهية لايثبت بالمقارنة بين أكثرية وأقلية؛ إذ أن رأي الأكثرية ليس بالضرورة ملازماً للصواب، وإنما بالمقارنة بين مايثبت بالإجماع ومايثبت باجتهاد فرد أو جماعة[3] لايقوم بهم إجماع، فضلاً عن أنه لايضمن كون الاجتهاد الجماعي -في صوره المعروفة اليوم- يمثل رأي الأكثرية كما ألمحنا.

---

(١) انظر: تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره، د. خليفة ود. سراج، ص٣٤٩.

(٢) الموافقات للشاطبي ٤/١٩٤.

(٣) انظر: بحث الدكتور محمد كمال الدين إمام، ص١٠، المقدم لندوة الاجتهاد الجماعي التي عُقدت في جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة ٢١-٢٣ ديسمبر١٩٩٦.

إن في القول بإلزامية الاجتهاد الجماعي للمخالفين نوعاً من الحجر على العقول وكبت الحريات ومصادرة الأفكار، والتضييق على الناس، وجعل الاجتهاد حكراً على المؤسسات الاجتهادية، تستأثر بسر الفهم والتفسير للنصوص والتطبيق للقواعد، وليس في الإسلام طبقة رجال الدين على غرار ما في النصرانية، وباب الاجتهاد مفتوح لكل من ملك الأهلية، والاختلاف في الفروع ظاهرة صحية وسماحة دينية وثروة فقهية لاضير فيه ولا غضاضة، وهو مظهر من مظاهر الرحمة بهذه الأمة، روي في الحديث: «اختلاف أمتي رحمة»[1] وجاء كذلك: «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»[2]، ولأجل ذلك امتنع الإمام مالك من حمل الناس على الموطأ ليظلوا في سعة من أمرهم.

٣- يعتبر الاجتهاد الجماعي ملزماً للحاكم إن لم يكن من أهل الاختصاص والاجتهاد؛ لأن الحاكم غير المجتهد ليس له أن يختار ما يشاء من الأحكام للتطبيق العام، بحسب الهوى والتشهي، إنما يتحرى الحق والعدل قدر الإمكان، والمنطق يقتضي تبني الأحكام الصادرة عن الاجتهاد الشورى، وإكسابها صفة القاعدة القانونية الملزمة في تنظيم العلاقات الفردية والعامة؛ لأن رأي الجماعة القائم على الدراسة والمناقشة أولى من رأي الفرد المستقل مهما علا كعبه، والفطرة السليمة ترتاح له، والإسلام دين المنطق والفطرة.

---

(١) قال عنه في الجامع الصغير: "رواه نصر المقدسي في الحجة والبيهقي في الرسالة الأشعرية بغير سند، وأورده الحليمي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم، ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا". انظر: الجامع الصغير للسيوطي ١٣/١.

(٢) رواه البيهقي وأسنده الديلمي عن ابن عباس بلفظ" "أصحابي النجوم في السماء بأيهم اقتديتم اهتديتم" . انظر: كشف الخفاء للعجلوني ١٤٧/١.

٤- كذلك هو ملزم للعوام؛ لنفس الاعتبار السابق، إذ أن العوام كذلك ليس لهم أن يختاروا من الاجتهاد وفقاً للهوى والشهوة، والشريعة جاءت لإخراج الناس من دواعي الأهواء، وإنما عليهم أن يتبعوا من المجتهدين أيهم أكثر علماً، وأصدق قيلاً، وأجدر بالثقة، بحسب ظنهم وتقديرهم، حتى ولو لم يعرفوا الدليل، على ما هو الراجح، إذ قول المجتهد نفسه بمثابة الدليل بالنسبة للعامي، لأن ذكر الأدلة وعدمها سواء بالنسبة لغير المجتهد، والعوام مأمورون بسؤال أهل الذكر، وقد عقد الشاطبي مبحثاً تناول فيه المجتهدين بالنسبة إلى العوام، وقال: «فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام كالأدلة الشرعية بالنسبة إلى المجتهدين، والدليل عليه أن وجود الأدلة بالنسبة إلى المقلدين وعدمها سواء، إذ كانوا لايستفيدون منها شيئاً، فليس النظر في الأدلة والاستنباط من شأنهم، ولا يجوز ذلك لهم البتة، وقد قال تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ والمقلد غير عالم، فلا يصح له إلا سؤال أهل الذكر وإليهم مرجعه في أحكام الدين على الإطلاق»[1].

فإذا كان العامي ملزماً باتباع فتاوى المجتهدين بحسب أعلميتهم وأفضليتهم -في اعتقاده- فلا شك أن إلزامه بالاجتهاد الجماعي أولى به، لما يمتاز به من أسباب الثقة والاطمئنان.

٥- يعتبر ملزماً أيضاً لمجتهد جهل الحكم ولم يعمل ملكته في استخراجه أو حاول الاجتهاد وتساوت لديه الأدلة، ولم يظهر له ترجيح، فيكون الاجتهاد الجماعي من عوامل الترجيح[2] -كما أشرنا.

٦- من نافلة القول أنه حجة بالنسبة لمن صدر عنهم من المجتهدين، وأن حجيته

(١) الموافقات ١٧٣/٤.

(٢) انظر: المستصفى ٢٧٥/٤.

بالنسبة لهم ولغيرهم من الحكام والعوام مقصورة على زمان الاجتهاد ومكانه، ولايكون حجة ملزمة لأحد بعد ذلك إذا طرأ اجتهاد جديد في المسألة قائم على عرف متغير أو مصلحة متجددة أو ملاحظة دليل جديد، إعمالاً للمرونة الفقهية المستجيبة للتطور، وباب الاجتهاد مفتوح أبداً، ولايتقيد- فيما لانص فيه- بغير الضوابط الكلية للشريعة ومقاصدها العامة، فلا حجر ولاحرج في تجديد الاجتهاد لملاحقة متغيرات الحياة ومواجهة ظروفها المختلفة برؤية فقهية بصيرة.

الخاتمة

عرفنا مما سبق أهمية الاجتهاد، وأنه باب رحمة وتكريم فتح لهذه الأمة، ومظهر حضاري اختصت به من دون الأمم، يحفظ للأمة أصالتها وشخصيتها، ويحررها من الجمود والتخلف، ومن التبعية الثقافية والتشريعية والاجتماعية، وهو الرافد الكفيل بتنمية الفقه الإسلامي وتجديد شبابه وتأكيد دوره في الحياة.

وإن أفضل سبيل للاجتهاد اليوم هو الاجتهاد الجماعي، ففيه المعتصم من الزلل والأخطاء والفوضى والارتجال ومحاولات الطعن والإفساد، وهو الأقدر على مواكبة روح العصر ومد رواق الشريعة على مستجدات الحياة من خلال تبادل الرأي فيها، والإحاطة بأبعادها، ومعرفة القواعد التي تحكمها، كما أنه الأقوم بمسايرة حركة التقنين المتزايدة في المجتمعات اليوم، ورفدها بالاجتهادات السليمة المناسبة، من غير إفراط ولا تفريط، سواء في الاجتهاد الانتقائي من الفقه الموروث، أو الاجتهاد الإنشائي الذي يستهدف تغطية الأحداث الجديدة بأحكام شرعية لها.

وفي الختام أقترح ما يلي:

١- إنشاء مجمع فقهي شعبي شامل على مستوى العالم الإسلامي، تتولى تمويله الجمعيات الخيرية والجباية الشعبية، حتى لا يقع تحت سلطة الحكومات الإقليمية، ولا تمارس عليه أي ضغوط إرهابية أوترغيبية، ويختار أعضاؤه من ذوي الكفاءة والأمانة، بغض النظر عن جنسياتهم، بحيث يعبرون بصدق عن علماء الأمة.

٢- يكون للمجمع أعضاء دائمون متفرغون تجري عليهم رواتب مجزية،

وآخرون منتسبون، من ذوي الخبرة والاختصاص، يشاركون في الندوات الدورية بأبحاثهم ومناقشاتهم.

٣- يعلن عن مواضيع كل ندوة بمدة كافية عبر وسائل الإعلام بمختلف أنواعها المرئية والمسموعة والمقروءة، وتوجه دعوة عامة لكل راغب في الكتابة أو المناقشة، فضلاً عن الدعوات الخاصة لذوي الشهرة والاختصاص في مختلف القضايا والشؤون.

٤- تنشر القرارات والتوصيات وتشهر مع حيثياتها بنفس الطريقة التي تم الإعلان عنها قبلاً، فإذا مضت مدة كافية ولم يحصل أي اعتراض أو أبديت اعتراضات غير موضوعية، اعتبرت في حكم الإجماع السكوتي الملزم للعوام والمجتهدين على السواء.

وإذا وردت اعتراضات واجتهادات مخالفة قائمة على منطق معقول واستدلال معتبر، أعيدت دراسة هذه المسائل في دورة قادمة على ضوء وجهات النظر الجديدة للوصول إلى الاجتهاد السليم فيها.

٥- يتولى المجمع تهيئة الجو العلمي، وإتاحة الوسائل المختلفة لتسهيل الاجتهاد، من ذلك تشكيل لجان متعددة لفهرست الكتب الفقهية والحديثية الأساسية، ونشر التراث، وتخزين الأحكام الفقهية في الحاسب الآلي وفق طريقة حديثة، وترجمة الكتب المهمة وغيرها من الوسائل التي تيسر الاجتهاد وتوفر الوقت والجهد في البحث.

٦- لا يقتصر دور المجمع على بحث القضايا الجديدة في ميدان الطب والاقتصاد والتجارة وما تمخضت عنه الحضارة الحديثة من مشكلات، إنما يقوم كذلك بدراسة بعض القضايا القديمة التي تفرض الظروف تجديد الاجتهاد فيها مثل: معاملة أهل الذمة،

وتولي المرأة المناصب الإدارية والسياسية، والقضايا المتعلقة ببعض جوانب الزكاة والخلافة والعلاقات الدولية ونحوها.

كما يقوم بإعادة دراسة القضايا الخلافية التي بُحثت في المجامع القائمة المتعددة ولم يتوصل فيها إلى اتفاق، فيعيد النظر فيها بتؤدة وروية، ويقوم بالاستماع لمختلف الآراء ومناقشة الأدلة توخياً لتوحيد الرأي فيها.

٧- تشجيع الدراسة الدينية في المدارس والمعاهد والجامعات، ورصد الحوافز للطلبة المتفوقين لتوجيههم نحو المعاهد الدينية في سن مبكرة، حتى يكون في الأمة نخبة من اللامعين والموهوبين القادرين على تحمل مسؤولية الاجتهاد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين؛؛؛

□□□

reach a verdict, or did not seek thereof; or has tried but failed due to the presence of equally valid evidences.

6- Validity of joint reasoning is confined to producers thereof, and to rulers and the public in its particular time or place. It ceases to be valid should fresh conditions or interests emerge, or new evidence is set forth, in accordance with the rule of flexibility of jurisprudence.

□□□

Abstract

Status of Collective Reasoning (Ijtihad) in Islamic Jurisprudence

prepared by

professer Dr. Mahmoud Ahmad Abu-leil

Basic Studies Department , Faculty of Sharia and Law, UAE University

The author indicates the advantages of collective reasoning (Ijtihad), against individual reasoning. Collective reasoning is more reliable, less fallible, and is compatible with the spirit of the modern age. modern Muslim societies are in need of valid reasoning, both as regards inherited jurisprudence, or in connection with existing social conditions and events that need legal provisions to cover. Validity of collective reasoning is established through the following:

1- if it is the result of unanimous explicit or implicit opinion that makes it an authority.Though this unanimity is difficult, it is not impossible.
2- where unanimity is not possible, a majority can endorse colleective reasoning, and also distinct individual reasoning supported by consultation, debate and through examination. In both these two cases, collective reasoning is not an authority binding on opposers.
3- collective reasoning is binding on a ruler if he is not of a reasoning colibre.
4- collective reasoning is binding on the public.
5- It is also binding on a reasoning fellow who was unable to

بسم الله الرحمن الرحيم

توزيع
الاختصاصات في النظام الاتحادي
في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية

إعداد

الدكتور هادف راشد العويس *

* مدرس القانون العام ورئيس قسم النظم العامة والسياسة الشرعية، بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

مقدمة :

الاتحاد الفيدرالي هو نظام يتكون من مجموعة ولايات أو دويلات ترتبط ببعضها لتحقيق غايات محددة، ولكن في هذا النظام تحتفظ الولايات الأعضاء بجزء كبير من استقلالها[1] .

يوجد النظام الاتحادي عندما يتم تقسيم السلطات في مجتمع ما. ويكون هذا التقسيم بشكل واضح وفعال. يعتمد التقسيم على أن تكون بعض الاختصاصات والسلطات تتم ممارستها بواسطة جهة مركزية واحدة على جميع الإقليم، وتتم ممارسة بقية الاختصاصات بواسطة مراكز إقليمية تتمتع بالاستقلال عن الجهة المركزية في ممارسة هذه السلطات.

ويجب أن يكون كلا المستويين من مراكز السلطة متعاوناً مع المستوى الآخر وفي نفس الوقت يتمتع بالاستقلال وعدم التبعية في ممارسة السلطة الموكلة إليه[2] .

ويعني مفهوم الفيدرالية طريقة توزيع الاختصاصات بين السلطة المركزية والسلطات الإقليمية بحيث تكون الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية كل منها مستقلة عن الأخرى ومتعاونة معها[3] .

ويتميز الاتحاد الفيدرالي كذلك - مقارنة بالنظام الكونفدرالي- بتمتع كل من الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم بسلطة مباشرة على الشعب، فلا تحتاج الحكومة الاتحادية إلى المرور عبر حكومات الولايات لإصدار قوانين تنطبق بشكل مباشر على

---

(١) Wheare, K.C Federal Government, Oxford university press (1947) p1.

(٢) Wheare, supra p. 35.

(٣) Wheare, Supra P10 .

الشعب وكذلك لاتحتاج إلى المرور عبر الحكومات الإقليمية لتنفيذ هذه القوانين الاتحادية.

يذكر كينيث وير في كتابه " الحكومة الاتحادية " بعض مميزات الدستور الاتحادي[1].

يقول وير بأن النظام الاتحادي نظام مميز عن أنظمة الحكم الأخرى، ولذلك فإن له شروطاً خاصة في الدستور الاتحادي تميزه عن الدساتير الأخرى.

ويعدد «وير» شروط الدستور الاتحادي وهي :

١- يجب أن يكون الدستور الاتحادي دستوراً مكتوباً، أو على الأقل جزء كبير منه مكتوباً.

ويجب أن يتميز الدستور الاتحادي بالسمو على جميع دساتير الدويلات أو الولايات الداخلة في الاتحاد.

فيجب أن يكون الدستور مكتوباً وخصوصاً ذلك الجزء الذي ينص على إنشاء الدولة الاتحادية وعلى إنشاء حكومات الولايات. ويجب أن يتصف هذا الجزء من الدستور بالسمو على التشريعات الاتحادية وكذلك على دساتير وتشريعات الولايات، فهذا الجزء من الدستور يمثل الاتفاق الذي تم بين الولايات.

٢- وحيث أن الدستور الاتحادي مدون ويتميز بالسمو. وحيث أن الدستور الاتحادي يشتمل على إنشاء وبيان سلطات كل من الاتحاد والولايات، لذلك فإن من شروط الدستور الاتحادي أن لايتم إعطاء سلطة تعديل الدستور

(١) Wheare, supra p53 .

بشكل منفرد للاتحاد ولا للولايات.

ولا تخفى أهمية هذا الشرط لبقاء الاتحاد وعدم طغيان أي مستوى من الحكومات على الآخر. ويبقى تحديد إجراءات تعديل الدستور مختلفاً في كل اتحاد عن الاتحادات الأخرى ولكن بشرط أن لايكون أي مستوى من مستوى الحكومات منفرداً بالتعديل.

٣- وحيث أن الدستور الاتحادي (وخصوصاً الجزء المتعلق بتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات) مدون. وحيث أن النصوص القانونية المدونة كثيراً ماينتابها الغموض أو يتم الاختلاف على تفسيرها. لذلك يجب أن لايتمتع أي من مستويي الحكومات (الاتحاد والولايات) بشكل منفصل بحق تفسير الدستور الاتحادي.

الخطورة في إعطاء أي من مستويي الحكومات الحق المنفرد بتفسير الدستور هو أن يتم القضاء على الاتحاد بالتدريج وذلك بتبني تفسيرات دستورية تؤدي إلى القضاء على الاتحاد.

لذلك يمكننا أن نستنبط من تعريف وير للنظام الاتحادي وبيان شروط تنظيمه خمسة شروط لوجود وبقاء الاتحاد الفيدرالي، وهذه الشروط هي :

١- أن يتم توزيع الاختصاصات بين مستويين من الحكومات: المستوى الأول هو الحكومة المركزية والمستوى الثاني هو حكومات الأقاليم. وأن يتمتع كل مستوى من الحكومات بالاستقلال عن المستوى الآخر في القيام بالاختصاصات الموكلة إليه وأن يتعاون مع المستوى الآخر ولكن بشرط أن

لايكون تابعاً للمستوى الآخر في ممارسة اختصاصاته.

٢- أن يمارس كل مستوى من الحكومات سلطة مباشرة على الشعب، بحيث لايحتاج إلى المرور من خلال المستوى الآخر، لإصدار القوانين التي تنطبق بشكل مباشر على الشعب ولا لممارسة السلطة التنفيذية.

٣- أن يتم تدوين الجزء من الدستور الاتحادي الخاص بتوزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم.

٤- أن لايتم إعطاء الحق في تعديل الجزء من الدستور الاتحادي الذي يتضمن توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات لأي من مستويي الحكومات بشكل منفرد.

٥- أن لايتم إعطاء الحق في إصدار التفسير الملزم للنصوص الدستورية المشتملة على توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم لأي من مستويي الحكومات بشكل منفرد ومستقل.

لذلك ومن خلال استعراض تعريف الاتحاد الفيدرالي وشروط وجوده وبقائه نجد بأن توزيع السلطات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات يتميز بأهمية قصوى في كون النظام اتحادياً (اتحاد فيدرالي) وبعد ذلك تبرز أهمية إيجاد ضمانات للحفاظ على هذا التوزيع لتفادي الإخلال به في اتجاه تركيز السلطة بيد الاتحاد أو الولايات.

وبدون توزيع الاختصاصات لايوجد اتحاد فيدرالي، وبدون وجود ضمانات وهي كون هذا التوزيع في دستور مدون وضمان عدم إمكانية تعديل النصوص الدستورية (المتضمن لتوزيع السلطات) أو تفسير هذه النصوص بواسطة أحد مستويي

الحكومات بشكل منفرد لا يمكن ضمان استمرار الاتحاد الفيدرالي.

إن توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في أي نظام اتحادي مرتبط بالظروف التاريخية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة التي يتم إنشاء الاتحاد الفيدرالي فيها.

فمثلاً هل يكون التوزيع للاختصاصات بحيث يعطى الاتحاد الاختصاصات الاستثنائية (بموجب قائمة محددة) والباقي للولايات أو تعطى الولايات اختصاصات استثنائية في قائمة محدودة والباقي للاتحاد؟ هذا يعتمد على ما إذا كان قيام الاتحاد ناتجاً عن تفكك دولة موحدة أو ناتجاً عن اندماج دول أو دويلات كانت كل منها مستقلة عن الأخرى.

ففي حالة تفكك الدولة الموحدة وتحولها إلى دولة اتحادية فإن قائمة الاختصاصات الاستثنائية تكون للولايات باعتبارها نشأت لاحقاً على نشأة الدولة المركزية[1]. أما إذا كان الاتحاد ناشئاً عن تجمع ولايات كانت كل منها مستقلة عن الأخرى فإن القائمة الاستثنائية من الاختصاصات تكون للاتحاد باعتبار أن نشأته لاحقة على نشأة الولايات[2].

كما أن توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي لأي دولة يتأثر بالتغيرات في ظروف هذه الدولة، فهو إما أن يتطور لتعضيد سلطة الاتحاد أو إلى تقوية سلطة الولايات.

والنظام الاتحادي في دولة الإمارات هو وليد ظروف تاريخية وسياسية رافقت نشأته

(١) مثل كندا وبلجيكا(في بلجيكا يوجد اتحاد فيدرالي حديث نشأ لأسباب اجتماعية وسكانية).

(٢) مثل الولايات المتحدة وأغلب الدول ذات الاتحاد الفيدرالي.

وأدت إلى دفع الإمارات إلى الاتحاد ؛ وتتشابه ظروف نشأة الاتحاد الفيدرالي في دولة الإمارات بظروف نشأة الاتحاد في ألمانيا (وخصوصاً الاتحاد الذي نشأ في عام ١٨٧١ والذي استمر تأثيره في طبيعة الاتحاد الألماني بعد الحرب العالمية الثانية) .

ويعتبر القانون الأساسي الألماني دستوراً حديث النشأة نسبياً ولذلك فقد تأثر دستور دولة الإمارات العربية المتحدة بالدستور الألماني .

وسوف ندرس في هذا البحث توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي الألماني (الفصل الأول) ثم نقارنها بتوزيع الاختصاص في النظام الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة (الفصل الثاني) .

والغرض من هذا البحث هو إلقاء الضوء على طبيعة توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات في النظام الاتحادي لدولة الإمارات واكتشاف الخلفية التي تم بناءً عليها اختيار نمط توزيع الاختصاصات في هذا النظام، كما أن تطبيق توزيع الاختصاصات في الاتحاد الألماني هو نموذج مفيد من أجل فهمٍ أفضل لتوزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، ولأهمية توزيع الاختصاصات لاستقرار وتطور النظام الدستوري في دولة الإمارات ولأهمية الاستفادة من تجارب الدول الأخرى وخصوصاً جمهورية ألمانيا الاتحادية فقد رأيت أن من المفيد إجراء مقارنة بين توزيع الاختصاصات في النظامين الاتحاديين لدولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية .

الفصل الأول
توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي الألماني

سنعرض في هذا الفصل لتطور الاتحاد الفيدرالي الألماني في المبحث الأول، ثم لتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في النظام الاتحادي في المبحث الثاني.

المبحث الأول
تطور الاتحاد الفيدرالي الألماني

جمهورية ألمانيا الاتحادية هي إحدى الدول الأوربية ذات النظام الاتحادي الفيدرالي. مع الأخذ بعين الاعتبار التطورات الحديثة في أوربا والتي أدت إلى تكوين توجه في بعض الدول إلى الأخذ بالنظام الفيدرالي[1]، إلا أن الدول التي تعتبر تقليدياً دولاً ذات اتحاد فيدرالي وهي بالإضافة إلى ألمانيا سويسرا والنمسا، تعتبر هذه الدول استثناءً من القاعدة العامة في أوربا الغربية والتي تقوم على الدول الموحدة.

بالمقارنة بعدد من الدول ذات الاتحاد الفيدرالي (الولايات المتحدة والهند) فإن عدد سكان ألمانيا ومساحتها الجغرافية وتركيبها السكاني (من حيث وحدة اللغة والأصل والدين)، لاتعتبر هذه العوامل مشجعة على تكوين اتحاد فيدرالي.

ماهو السبب في اختيار النظام الفيدرالي في ألمانيا في ظل وجود العوامل الكثيرة التي تدفع نحو تكوين دولة موحدة.

---

(١) انظر:
- Murphy A, Belgium's Regional Divergence : Along the road to Federation, In : federalism The Multiethnic challenge, Smith, G. (ed), Longman (1995)
- Guibernau, M., Spain : Afederation in the making, In : federalism The Multiethnic challenge, Smith, G. (ed.) Longman (1995).

النظام الفيدرالي الحديث في ألمانيا يتجسد في نصوص القانون الأساسي الصادر في ١٩٤٩ ، لم يتم تسمية هذه الوثيقة الدستورية دستور وإنما القانون الأساسي (Basic law) باعتبار أن هذه الوثيقة ذات نطاق زمني محدود وأنها سوف تستبدل بدستور عندما يتم توحيد ألمانيا [1] .

لابد من دراسة تاريخ الأراضي الألمانية والنظم السياسية التي تعاقبت عليها وكيف أن هذا التاريخ وهذه النظم المتعاقبة هي التي تعتبر الأساس لوجود وبقاء النظام الاتحادي وتفسر كذلك طبيعة هذا النظام وتبرر نقاط الاختلاف بين هذا النظام والنظم الاتحادية الفيدرالية الأخرى في العالم.

يمكن تقسيم تاريخ الاتحاد الألماني إلى عدة مراحل : المرحلة الأولى : هي مرحلة ماقبل ١٨٧١ ، والمرحلة الثانية : هي منذ عام ١٨٧١ وحتى ١٩٤٥ ، والمرحلة الأخيرة: هي منذ ١٩٤٥ وحتى الآن .

أولاً: مرحلة ماقبل ١٨٧١ :

تميزت ألمانيا منذ القدم بوجود العديد من المناطق المستقلة والتي كانت ترتبط فيما بينها بروابط ضعيفة ، كان هذا التجمع يسمى الامبراطورية الرومانية للأمة الألمانية (والتي قامت على الجزء الألماني من الامبراطورية الرومانية وذلك بعد سقوط

---

(١) انظر: Leonardy, U., The working relationships between Bund and Lander in the Federal Republic of Germany, In : German Federalism today, Jeffery, C. & Savingor, p. (eds) Leicester University press (1991) P40..

تلك الامبراطورية)[١] . ومع الإحساس بوحدة الأمة الألمانية ونتيجة للضغوط الخارجية والخوف من امتداد آثار التغيرات التي حصلت في فرنسا مع نهاية القرن الثامن عشر وتحت قيادة كل من النمسا وبروسيا تم تشكيل الاتحاد الكونفدرالي الألماني في عام ١٨١٥ . ضم هذا الاتحاد أكثر من أربعين مملكة ومقاطعة وولاية[٢] .

هذا الاتحاد خليط بين الاتحاد الكونفدرالي والاتحاد الفيدرالي وكان أحد الأسباب الرئيسية لنشأته هو المحافظة على نظم الحكم الداخلية ضد الثورات ومنع امتداد أثر الموجة الديموقراطية التي اجتاحت أوربا خلال تلك الفترة؛ مع خوف حكام وملوك الممالك والمقاطعات من التغييرات الداخلية؛ كذلك كان هناك الخوف من فقدان استقلالهم نتيجة وجود القوة الواضحة لكل من بروسيا والنمسا. لذلك فإن تشكيل مؤسسات الاتحاد يبرز الرغبة في المحافظة على الاستقلال الذاتي لكل ولاية. ومن الأمثلة على خوف الولايات الأعضاء من هيمنة بروسيا مثلاً، عدم تشكيل جيش اتحادي واحتفاظ كل ولاية بجيشها وبحقها في إعلان الحرب والدفاع عن نفسها، وذلك خوفاً من طغيان بروسيا على هذا الجيش وسيطرتها على قيادته.

استمر هذا الاتحاد الكونفدرالي حتى عام ١٨٦٧ (في أعقاب انتصار بروسيا على النمسا وخروج النمسا من الاتحاد) ففي هذا العام تم تشكيل الاتحاد الفيدرالي لشمال ألمانيا تحت قيادة بسمارك وقد أكد هذا الاتحاد هيمنة بروسيا وتم استبعاد النمسا من

---

(١) Heun, W., The evolution of Federalism. In: studies in German Constitutionalism, starck, C, (ed.) , nomos verlgsgesellschatt (1995) p.178.
- Beyerlin, U., German Federalism : A Dynamic prcess, In: Reports on German Public Law - X111th Interanational Congress of Cpmparative Law, Bernhardt, R.& Beyerlin, u (ed), C.F. Mulle, Juristischer verlag. (1990) p1.

(٢) Koch, H.W., A conotitutional History of Germany , Longman (1984). p14 .

الاتحاد وكذلك استبعاد أي تأثير لفرنسا على شؤون الاتحاد. هذا التغيير أدى إلى زيادة تقارب الولايات الداخلة فيه وتحوله إلى اتحاد فيدرالي وهيمنة بروسيا على الاتحاد. ومع هيمنة بروسيا إلا أنها لم تستطع تحويل الاتحاد إلى دولة موحدة وإنما استمرت بروسيا في التطلع بشكل أساسي إلى المحافظة على النظام الملكي فيها أكثر من تطلعها إلى توحيد الأمة الألمانية [1].

ثانياً : مرحلة مابين ١٨٧١ حتى ١٩٤٥:

أدى استبعاد النمسا من الاتحاد وتشكيل اتحاد ١٨٦٧ إلى تطورات مهمة تكللت بتأكيد وجود ألمانيا كدولة اتحادية وذلك بتشكيل الامبراطورية عام ١٨٧١ (إثر إعادة انضمام الجزء الجنوبي من ألمانيا إلى الاتحاد)[2]. وكانت هذه الامبراطورية اتحاداً من خمس وعشرين ولاية ولكن ولاية واحدة كانت تهيمن على الاتحاد وهي بروسيا. كان في هذا الاتحاد مجلس أعلى للاتحاد هو البوندسرات وهو يتشكل من مندوبين عن كل ولايات الاتحاد، وكانت حقوق السيادة تتركز في هذا المجلس. ومع تشكيل الاتحاد فقد سمح دستور الاتحاد للولايات بالمحافظة على جزء كبير من استقلالها وخصوصاً في المجال التنفيذي. ومن مميزات هذا الاتحاد هو افتقار الاتحاد إلى جهاز تنفيذي فعال واكتفاء الاتحاد بسن بعض التشريعات والاعتماد على الولايات في التنفيذ[3].

شهدت هذه الفترة ظهور جمهورية وايمر وإصدار دستور خاص لهذه الفترة. أكد دستور وايمر على وجود النظام الفيدرالي ولكن مع تقوية دولة الاتحاد على حساب

(١) Johnson, N., Terretory and Power: some historoical determinant, of the constitutional stracture of the federal Repablic of Germany, In : Geraman federalism today, Jeffery, & savingerp (eds), Licester University press (1991).

(٢) Johnson, N. supr

(٣) Id

الولايات. ولعبت الكثير من العوامل دوراً بارزاً في تقوية السلطة المركزية (سلطة الرايخ) على حساب الولايات (اللايندر)[1] . هيمن على النظام الفيدرالي خلال هذه الفترة وجود ولاية واحدة قوية وهي بروسيا (حيث كان يقطنها ثلاثة أخماس السكان) . أدى ذلك إلى كون بروسيا دولة داخل الدولة مما أدى إلى صدامات بينها وبين السلطات الاتحادية استمرت التطورات في تركيز السلطة في يد الدولة الاتحادية على حساب الولايات حتى عام ١٩٣٣ وهو عام وصول هتلر إلى الحكم وفي ذاك الوقت كانت ألمانيا فعلياً دولة موحدة من حيث تركيز السلطة في يد الحكومة المركزية، وقد أكدت الحقبة النازية القضاء على وجود الدولة الاتحادية بتركيزها للسلطة في يد الحكومة المركزية، وقد أدت النكبات التي مرت على ألمانيا وجيرانها خلال الحقبة النازية من خلال فرض الدولة المركزية على الألمان إلى تبني النظام الاتحادي شكلاً للجزء الذي خضع لسلطة الحلفاء بعد عام ١٩٤٥ .

ثالثاً : مميزات توزيع السلطات في الاتحاد الألماني قبل الحرب العالمية الثانية وتأثيره على إعادة إنشاء الاتحاد بعد ١٩٤٥ :

أثبتت التجارب المتعاقبة على ألمانيا أن الشكل الوحيد المناسب لوحدة المناطق الألمانية هو إنشاء اتحاد فيدرالي. فمنذ انهيار الامبراطورية الرومانية وإنشاء امبراطورية خاصة على المناطق الألمانية فقد كانت هذه الامبراطورية من الضعف بحيث سمح ذلك لكل مدينة أو مقاطعة أو منطقة بإدارة شؤونها بشكل مستقل تماماً مع خضوعها شكلاً لسيادة الامبراطورية.

بعد انهيار الامبراطورية الألمانية في عام ١٨٠٦ قامت على المناطق الألمانية ثلاث

---

(١) Beyerlin, supra

قوى هي بروسيا والنمسا وقوة ثالثة هي عبارة عن تجمع من ٣٩ ولاية ألمانية ترتبط بمعاهدة دولية وتحت حماية نابليون. بعد هزيمة نابليون تم إنشاء الاتحاد الكونفدرالي في ألمانيا عام ١٨١٥ وهذا الاتحاد به بعض مظاهر الاتحاد الفيدرالي.

لم يمر على ألمانيا فترة كانت توجد فيها على شكل دولة موحدة إلا عندما بدأت سلطة الحكومة المركزية في التعاظم تحت دستور وايمر بدءاً من ١٩١٨ وذلك بعد استقالة الامبراطور الألماني واستمرت قوة الحكومة المركزية تزداد حتى عندما تولي هتلر الحكم عام ١٩٣٣ فقد حول هتلر ألمانيا إلى دولة موحدة واستمر ذلك حتى ١٩٤٥ وهو العام الذي انتهت فيه الحرب العالمية الثانية حيث خضعت ألمانيا لسيطرة القوات المنتصرة وهي روسيا وفرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة(١) .

خلال الفترات التاريخية المتعاقبة على ألمانيا والتجارب الاتحادية المختلفة فيها استمر توزيع السلطات بسمات خاصة بالاتحاد الألماني. فقد كان الدافع الأول لاتحاد الولايات الألمانية هو المحافظة على نظم الحكم الوراثية في الولايات الألمانية. لذلك اتسم الاتحاد في البداية بالضعف الشديد وقد كانت السيادة تتركز في يد المجلس الاتحادي (البوندسرات) وهو مجلس يتكون من مندوبين عن الولايات الألمانية ويتفاوت عدد الأصوات فيه بتفاوت عدد سكان الولايات.

لقد بدأ الاتحاد الألماني بمعاهدة دولية عام ١٨١٥ واستمر بعد ذلك حتى تحولت وثيقة الاتحاد إلى دستور وذلك في دساتير ١٨٧١ و ١٩١٩ .

وبناءً على ماسبق فإن الإرث الاتحادي والتجارب السابقة في ألمانيا كلها ذات تأثير قوي على شكل ومؤسسات الاتحاد الذي أقيم بعد نهاية الحرب العالمية الثانية. تم إنشاء

(١) Beyerlin, supra .

جمهورية ألمانيا الاتحادية على الجزء الغربي من ألمانيا والذي كانت تتقاسم السيطرة عليه كل من أمريكا وبريطانيا وفرنسا وتم تقسيم بروسيا إلى أكثر من ولاية.

أصدرت القوى الغربية المسيطرة على الجزء الغربي من ألمانيا قراراً في عام ١٩٤٨ لإعداد دستور للمناطق الثلاث الخاضعة لسيطرتهم وتم الطلب من الألمان الغربيين بإعداد الدستور.

اشترطت القوى الغربية أن يكون لها الحق في الموافقة على الدستور قبل إصداره وكذلك اشترطت ثلاثة شروط موضوعية وهي:

١- أن يضمن الدستور الجديد حقوق الأفراد.

٢- أن يكون الدستور قائماً على أسس ديموقراطية.

٣ - أن يتضمن الدستور تأسيس دولة فيدرالية.

لم تتدخل القوى الغربية في تفاصيل إعداد الدستور وإنما أوكلت مهمة صياغة نصوص الدستور للألمان. قام مجلس مكون من خمسة وستين مندوباً من البرلمانات الإقليمية بإعداد مشروع الدستور.

طلب رؤساء الولايات من المجلس البرلماني المكلف بإعداد مسودة الوثيقة الدستورية، إعداد قانون أساسي، وذلك بدلاً من إعداد دستور، وكان تحديد اسم الوثيقة المطلوب إعدادها بأن تكون قانوناً أساسياً بدلاً من دستور استجابة للمعارضة الشعبية الواسعة لأية خطوة قد تؤدي إلى تثبيت تقسيم ألمانيا إلى قسمين شرقي وغربي. كما أن إقرار قانون أساسي، هو في الواقع إقرار لدستور مؤقت يتم استبداله بدستور دائم عندما يتوحد شطرا ألمانيا. وقد انتهى إعداد مشروع القانون الأساسي في

شهر أغسطس عام ١٩٤٨ وتم تقديم المشروع في شهر مارس من عام ١٩٤٩ إلى مندوبي قوى الاحتلال الثلاث وتمت الموافقة على القانون الأساسي وإعلان قيام جمهورية ألمانيا الاتحادية في شهر سبتمبر ١٩٤٩[1].

وبما أن الذي قام بصياغة القانون الأساسي هم الألمان وقد تأثروا بشكل واضح بالتجارب الاتحادية الألمانية السابقة. وقد ساهم في تحديد مضمون القانون الأساسي كون المجلس الذي أعد المشروع هو من مندوبي الولايات وليس مجلساً منتخباً بشكل مباشر لهذه المهمة.

يتضمن القانون الأساسي إعادة المجلس الاتحادي (البوندسرات) وهو مجلس تشريعي يتكون من مندوبي حكومات الولايات الأعضاء في الاتحاد. المجلس التشريعي الثاني هو البوندستاق وهو المجلس المنتخب بشكل مباشر لأداء الوظيفة التشريعية يقوم البوندسرات بالمحافظة على مصالح الولايات الأعضاء وينسق بين تشريعات الاتحاد وحكومات الولايات.

(١) Jonson, supra, p14.

المبحث الثاني
توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات
في النظام الاتحادي الألماني

يتميز توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في النظام الاتحادي الألماني بمزايا خاصة، تأثرت بتاريخ وأسباب نشأة الاتحاد الألماني.

فبالمقارنة مع الاتحاد الأمريكي مثلاً حيث يعهد ببعض الشؤون إلى الاتحاد (الكونجرس) للتشريع فيها ثم يكون الاتحاد بعد ذلك مختصاً بكل مايتعلق بهذه الشؤون على اعتبار أن موضوعها من المواضيع التي اختص بها الاتحاد بينما تحتفظ الولايات بالاختصاص فيما يتعلق بالشؤون الأخرى ويشمل اختصاص الولايات التشريع والتنفيذ وكذلك السلطة القضائية في تلك الشؤون. إن توزيع الاختصاصات في الاتحاد الأمريكي يعتمد على تحديد ماإذا كان الموضوع اتحادياً أو من اختصاص الولايات ولاحاجة بعد ذلك لتقصي ماإذا كان أحد المواضيع الاتحادية يخضع لسلطة الولايات من أي وجه من الوجوه الأخرى.

يسمى هذا النوع من توزيع الاختصاصات توزيعاً رأسياً، ونعني بذلك أن الاتحاد في الأعلى والولايات في الدرجة الأدنى ويكون توزيع الاختصاصات بحيث تكون بعض الشؤون للاتحاد (من جميع النواحي) ويكون الاختصاص بشؤون أخرى للولايات، وهو كذلك اختصاص بجميع النواحي المتعلقة بهذه الشؤون.

أما توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في الاتحاد الألماني فهو توزيع أفقي ونعني بالتوزيع الأفقي، هو أنه لايكفي أن نعرف بأن الاتحاد قد اختص مثلاً بالتشريع في

أمر من الأمور بل يجب معرفة الجهة المختصة بالتنفيذ كذلك، حيث أن مايميز توزيع الاختصاصات في الاتحاد الألماني هو إعطاء معظم السلطة التشريعية للاتحاد وفي المقابل إعطاء معظم السلطة التنفيذية للولايات [1] .

يقوم توزيع السلطة في ألمانيا، من حيث المبدأ، على الافتراض لمصلحة الولايات، وذلك بجعل سلطة الاتحاد سلطة محدودة بينما جميع السلطات الأخرى تبقى بيد الولايات.

تنص المادة رقم (٣) من القانون الأساسي الألماني على أنه « تكون ممارسة سلطات الحكم والقيام بوظائفه من اختصاص الولايات وذلك مالم ينص هذا القانون الأساسي أو يسمح بغير ذلك».

وبطبيعة نص هذه المادة فهي تشمل مجالات التشريع والتنفيذ (وحتى بالنسبة لتنفيذ القوانين الاتحادية).

ومع تطور تطبيق القانون الأساسي الألماني اتضح جلياً هيمنة الاتحاد على مجال التشريع وهيمنة الولايات على مجال التنفيذ. وهذا هو وضع خاص بالنسبة للاتحاد الألماني وهو وضع موروث من التجارب الاتحادية السابقة ويؤدي إلى توازن بين الاتحاد والولايات ويتجنب تركيز السلطة بيد أي منهما.

---

(١) Johnson, supra, p9. - Heun, supra, p175.

المطلب الأول
توزيع السلطة التشريعية

أولاً: القاعدة العامة:

جاء بيان القاعدة العامة في توزيع الاختصاصات في الاتحاد الألماني في المادة (٣٠) من القانون الأساسي الألماني، وهذه المادة هي جزء من الباب الثاني من القانون الأساسي والمعنون «الاتحاد والولايات» وهذه المادة عنوانها « توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات». تنص هذه المادة على أنه: « مالم ينص هذا القانون الأساسي أو يسمح بغير ذلك فإن ممارسة السلطات الحكومية والقيام بالوظائف الحكومية تكون من اختصاص الولايات »، فهذه المادة تجعل القاعدة العامة فيما يتعلق بجميع السلطات الحكومية- ومنها السلطة التشريعية- من اختصاص الولايات، إلا في الحالات التي ينص فيها القانون الأساسي على غير ذلك.

وفيما يتعلق بتوزيع السلطة التشريعية بين الاتحاد والولايات فقد نصت المادة (٧٠) من القانون الأساسي على أنه : « (١) يكون من حق الولايات التشريع مالم ينص هذا القانون الأساسي على إعطاء حق التشريع للاتحاد. (٢) يكون تحديد توزيع الاختصاصات التشريعية بين الاتحاد والولايات بناءً على نصوص هذا القانون الأساسي المتعلقة بالاختصاصات التشريعية الحصرية والمشتركة».

فالتشريع بشأن أي أمر من الأمور يكون -بحسب نصوص القانون الأساسي- من اختصاص الولايات مالم ينص القانون الأساسي على أنه يكون من ضمن المواضيع التي أعطي الاتحاد الحق في التشريع فيها إما حصراً أو بالاشتراك مع الولايات .

هذا النص العام يعطي الانطباع بأن القاعدة العامة في التشريع (وأن الجهة ذات الاختصاص الأوسع في هذا المجال) هي الولايات. لكن الواقع هو أن مضمون المواد التي تنص على قوائم الاختصاص الحصري و المشترك، والاستعمال الواسع للحكومة الاتحادية لاختصاصها المشترك، ومواقف المحكمة الدستورية، كل ذلك أدى إلى هيمنة الحكومة الاتحادية على مجال التشريع.

فرغم أن القراءة السريعة لنصي المادتين (٣٠) و (٧٠) من القانون الأساسي الألماني توحي بأن الولايات هي صاحبة الاختصاص التشريعي الأوسع، إلا أن قراءة المواد الأخرى المتعلقة بتوزيع الاختصاص التشريعي ودراسة تطور توزيع الاختصاص التشريعي تجعل الحقيقة تتضح بأن الاتحاد هو صاحب السيطرة على معظم السلطة التشريعية وأن الولايات لا تتمتع بالتشريع إلا في مجالات ضيقة ومحدودة[1].

ثانياً: الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد:

تنص المادة (٧١) من القانون الأساسي الألماني على تعريف الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد، فتنص هذه المادة على أنه: «فيما يتعلق بالشؤون المشمولة بالاختصاص الحصري للاتحاد لايكون للولايات الحق في التشريع في هذه الشؤون إلا بمقتضى وفي حدود التفويض الصريح الصادر لها بواسطة قانون اتحادي» فالأمور المشمولة في قائمة الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد تكون خارج سلطة الولايات التشريعية سواءً قام الاتحاد باستغلال السلطة التشريعية الممنوحة له بواسطة القانون الأساسي أو لم يقم باستغلال هذه السلطة، وأي تشريع صادر من إحدى الولايات متعلق بهذه الأمور يعتبر مخالفاً للقانون الأساسي، الحالة الوحيدة والتي يجوز فيها

(١) Beyerlin, Supra p8. - Heun,. supra, P176

للولايات إصدار تشريعات في هذه الشؤون هي في الحالة التي يقوم فيها الاتحاد وبشكل صريح بتفويض الولايات بالتشريع في هذه الشؤون وتكون سلطة الولايات محدودة بمقتضى هذا التفويض وقاصرة على حدوده، وغني عن الذكر أن بإمكان الاتحاد إلغاء هذا التفويض أو زيادة القيود فيه بشكل مطلق.

ومن غير المتصور أن يقوم الاتحاد، في ظل النظام الاتحادي الألماني، بتفويض الولايات بالتشريع في الأمور الواقعة ضمن سلطته التشريعية الحصرية[1].

قائمة الأمور الواقعة ضمن الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد وردت في المادة (٧٣) من القانون الأساسي. تبدأ المادة (٧٣) بالنص على أنه: « يكون للاتحاد السلطة الحصرية للتشريع في الأمور الآتية .....» وتتضمن هذه المادة قائمة مكونة من أحد عشر موضوعاً وهي :

١- الشؤون الخارجية والدفاع، ويشمل ذلك حماية السكان المدنيين.

٢- الجنسية في الاتحاد.

٣- حرية الانتقال، شؤون جوازات السفر، الهجرة، والإقامة، وتبادل تسليم الأشخاص للدول الأجنبية.

٤- النقد، والعملة وصك النقود، الموازنين والمقاييس، وكذلك تحديد قياسات ومعايير الزمن.

٥- الوحدة الجمركية والتجارية للمنطقة، والمعاهدات المتعلقة بالتجارة والملاحة، حرية نقل البضائع وتبادلها وتبادل العوائد المالية مع الدول الأجنبية ويشمل ذلك الجمارك والوسائل الوقائية الأخرى التي تتبع لحماية

---

(١) Beyerlin, supra p9.

المنطقة.

٦- خطوط السكك الحديدية الاتحادية و النقل الجوي.

٧- البريد وخدمات الاتصالات الهاتفية.

٨- الوضع القانوني للعاملين في الاتحاد والهيئات والمؤسسات الاتحادية وذلك في نطاق القانون العام.

٩- حقوق الملكية الصناعية وبراءات الاختراع وحقوق الطبع وقوانين النشر.

١٠- التعاون بين الاتحاد والولايات في مايخص:

أ- الضبط الجنائي.

بـ- حماية النظام الأساسي الحر والديموقراطي، والمتعلق بأمن وبقاء الاتحاد أو أي من الولايات (حماية الدستور).

جـ- الوقاية من النشاطات التي يمكن القيام بها في الإقليم الاتحادي والتي يتم وتستخدم القوة أو أعمال تمهد لاستخدام القوة والتي تهدد المصالح الخارجية لجمهورية ألمانيا الاتحادية.

وكذلك إنشاء جهاز شرطة جنائية اتحادية والسيطرة على الجرائم في المجال الدولي.

١١- الإحصاء للأغراض الاتحادية.

يتضح من قراءة القائمة التي تشمل الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد بأنها تحتوي على مواضيع عادة ماتكون من اختصاص الحكومات الاتحادية في الدول ذات الاتحاد الفيدرالي، تشتمل هذه الاختصاصات الدفاع والشؤون الخارجية والجنسية الاتحادية والهجرة والإقامة وشؤون النقد والعملة وشؤون الجمارك والبريد والاتصالات

الهاتفية. ومن الواضح أن البند العاشر من الاختصاصات الاتحادية قد تمت إضافته في عام ١٩٧٢ وهو رد فعل مباشر على الأعمال التي حدثت في الدورة الأوليمبية التي استضافتها مدينة ميونخ في ذلك العام.

وقد تضمن التعديل الدستوري الذي أقر في عام ١٩٧٢ بأن الاختصاص الحصري التشريعي للاتحاد يشمل التعاون بين الاتحاد والولايات فيما يتعلق بالضبط الجنائي وحماية المصالح الخارجية للجمهورية وحماية الوضع الدستوري في الاتحاد والولايات. وقد أعطى هذا التعديل كذلك للحكومة الاتحادية الحق في إنشاء جهاز شرطة جنائية وأعطاها الاختصاص بالتشريع في الشؤون المتعلقة بالتعاون الدولي في المجال الجنائي.

وحيث إن السيطرة الداخلية على مسائل الأمن الجنائي وشؤون الضبط الجنائي الأخرى تختص بها الولايات، فليس غريباً بأن الحاجة دعت إلى دخول الاتحاد في هذا المجال بإنشاء جهاز شرطة جنائية اتحادية والتركيز على التعاون بين الاتحاد والولايات في مجال الوقاية من الجرائم وخصوصاً منها الذي يضر بأمن الدولة الاتحادية أو يهدد نظام الحكم في أي من الولايات أو الذي قد يضر بالعلاقات الخارجية للدولة.

ولاشك بأن إضافة هذا الاختصاص جاء بناءً على القناعة بأنه رغم الحفاظ على اختصاص الولايات بسلطاتها في مجالات الأمن والشرطة إلا أن هناك جوانب من شؤون الأمن تكون الحكومة الاتحادية هي الأقدر على القيام بها وقد يشمل نشاط الحكومة الاتحادية التعاون مع الولايات في هذا المجال.

ثالثاً : الاختصاص التشريعي المشترك:

ورد تعريف الاختصاص التشريعي للاتحاد والذي يشترك فيه مع الولايات (Concurrent legeslative power of the federation) في المادة (٧٥) من القانون الأساسي، فقد نصت هذه المادة على أنه :

"(١) في الأمور المشمولة بالسلطة التشريعية المشتركة، فإنه يكون للولايات سلطة التشريع مادام أنه وفي الحدود التي يكون الاتحاد فيها لم يمارس حقه في التشريع.

(٢) يكون للاتحاد حق التشريع في هذه الأمور في الحدود التي يوجد فيها حاجة للتنظيم بواسطة قوانين اتحادية بسبب :

١- أن أحد الأمور لايمكن تنظيمه بشكل فعال بواسطة قانون صادر من إحدى الولايات.

٢- أن قيام إحدى الولايات بتنظيم أمر من الأمور يمكن أن يضر بمصالح ولاية أخرى أو بالكيان السياسي عموماً للدولة.

٣- أن المحافظة على الوحدة القانونية أو الاقتصادية، وخصوصاً المحافظة على تناسب مستوى المعيشة فيما يتجاوز إقليم كل من الولايات، تجعل ذلك التشريع ضرورياً".

إن قراءة نص هذه المادة للوهلة الأولى توحي بأن حق الاتحاد في التشريع في الأمور الواقعة ضمن القائمة المشتركة هو حق مقيد بالقيود التي ورد ذكرها في هذه المادة وأن الولايات هي عموماً صاحبة الحق في التشريع مالم تتوفر الشروط المقيدة لسلطة الاتحاد في التشريع. لكن الواقع هو أن سلطة تقدير مدى توافر الشروط التي تجيز للاتحاد التدخل بإصدار التشريعات في نطاق سلطة التشريع المشتركة هي سلطة اتحادية مطلقة

ولاتتدخل فيها أي سلطة أخرى، فقد قررت المحكمة الدستورية بأن تقدير مدى توافر هذه الشروط هو قرار سياسي لايصلح موضوعاً لحكم قضائي وبناءً عليه فإن الموضوع يخضع للسلطة التقديرية للاتحاد دون خضوعه للرقابة القضائية وفي الواقع فقد استغل الاتحاد صلاحياته بإصدار التشريعات الكثيرة في المواضيع[1] الواردة ضمن قائمة الشؤون المذكورة في موضوع التشريع المشترك بحيث أنه قد استولى على حق التشريع في هذه الشؤون واستبعد الولايات منها.

تنص المادة (٧٤) من القانون الأساسي الألماني على قائمة بالمواضيع الداخلة في الاختصاص التشريعي المشترك، وتشتمل على أكثر من ٢٤ موضوعاً وهي :

١- القانون المدني، القانون الجنائي وتنفيذ الأحكام الجنائية، تنظيم المحاكم وإجراءات التقاضي، تنظيم ممارسة القانون والكاتب بالعدل والاستشارات القانونية.

٢- تسجيل المواليد والوفيات وحالات الزواج.

٣- قانون التجمع وتكوين الجمعيات.

٤- القانون المتعلق بإقامة واستقرار الأجانب.

٤ /أ- القوانين المتعلقة بالأسلحة والمتفجرات.

٥- حماية التراث الثقافي الألماني ضد التصدير للخارج.

٦- شؤون اللاجئين والمستبعدين.

٧- الضمان الاجتماعي.

---

(١) Blair, P.M., <u>federlism and Judicial Review in west Germany</u>, Clarndon press (1981). p.25 .
- Beyerlin, supra p9 .
- Huen , supra p177 .

٨- المواطنة في الولايات.

٩- تعويض أضرار الحروب وإصلاح آثارها.

١٠- مستحقات المعاقين بسبب الحروب وأسر قتلى الحروب وكذلك مساعدات الأسرى السابقين.

١٠/أ -المقابر العسكرية للجنود، ومقابر الضحايا الآخرين للحروب وضحايا الاستبداد.

١١- التشريعات المتعلقة بالشؤون الاقتصادية (استخراج المعادن، الصناعة، التزويد بالطاقة، الحرف، المهن، التجارة، البنوك وعمليات البنوك، بورصات تجارة الأسهم والتأمين الخاص).

١١/أ- إنتاج واستغلال الطاقة النووية للأغراض السلمية، رقابة وإدارة المنشآت القائمة بذلك، الوقاية من الأخطار الناتجة عن تسرب الطاقة النووية أو من الطاقة المؤينة، والتخلص من المواد المشعة.

١٢- قانون العمل، ويشمل ذلك التنظيم القانوني للعمل، حماية العمال وتنظيم تبادل العمال ووكالات التشغيل وكذلك التأمين الاجتماعي ويشمل التأمين ضد البطالة.

١٣- تنظيم المنح التعليمية والتدريبية وتشجيع البحث العلمي.

١٤- التشريع المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة في النطاق المتعلق بالأمور المذكورة في المادتين (٧٣) و(٧٤).

١٥- تحويل ملكية الأرض والثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج للملكية العامة أو للنماذج الأخرى من المشاريع المشتركة للمصلحة العامة.

١٦- منع إساءة استخدام القوة الاقتصادية.

١٧- تشجيع التنمية الزراعية وتنمية الغابات، وتأمين مصادر الغذاء، استيراد وتصدير المنتجات الزراعية ومنتجات الغابات، صيد السمك في المياه العميقة والساحلية وحماية السواحل.

١٨- المعاملات المتعلقة بالعقارات، قانون الأراضي وشؤون إيجار العقارات للأغراض الزراعية ولأغراض السكن والإقامة وشؤون المساكن.

١٩- وسائل الوقاية من الأوبئة المعدية التي تصيب الإنسان أو الحيوان وتلك الأوبئة التي تهدد الصحة العامة، الترخيص بمزاولة مهنة الطب والمهن والوظائف الصحية الأخرى، وكذلك المتاجرة بالأدوية والعلاجات والمواد المخدرة والسموم.

١٩ /أ- الجدوى الاقتصادية للمستشفيات ورسوم العلاج في المستشفيات.

٢٠- الوقاية فيما يتعلق بتسويق الطعام والشراب والتبغ وبضروريات الحياة، العلف، والبذور الزراعية وبذور الغابات والتقاوي، وحماية النباتات من الأوبئة والحشرات وكذلك حماية الحيوانات.

٢١- النقل البحري في المحيطات وفي المياه الساحلية وكذلك العلامات البحرية، والملاحة الداخلية، خدمات الأرصاد ، خطوط الملاحة البحرية والطرق المائية الداخلية المستخدمة للملاحة العامة.

٢٢- المرور على الطرق البرية، النقل الآلي على الطرق، إنشاء وصيانة طرق المرور السريع ذات المسافات الطويلة وكذلك جمع التعرفة المفروضة على مستخدمي الطرق العامة بواسطة العربات وتوزيع الأموال المتوفرة من ذلك.

٢٣- خطوط السكك الحديدية غير الاتحادية، فيما عدا الخطوط الجبلية.

٢٤- التخلص من النفايات، التحكم في تلوث الهواء والحد من الضجيج.

وقد أضيفت إلى هذه المادة المادة (٧٤/أ) في عام ١٩٧١ وهذه المادة تتعلق بمكافآت نهاية الخدمة ومعاشات التقاعد لمنسوبي الخدمة العامة. وتنص هذه المادة على أنه :

"(١) تمتد السلطة التشريعية المشتركة لتشمل مكافآت نهاية الخدمة ومعاشات التقاعد لمنسوبي الخدمة العامة والذين تنظم خدماتهم بموجب القانون العام وذلك مالم يكن ذلك خاضعاً للسلطة التشريعية الحصرية للاتحاد بموجب البند (٨) من المادة (٧٣).

(٢) يجب أن تحظى القوانين الاتحادية الصادرة بناءً على الفقرة (١) من هذه المادة على موافقة البوندسرات.

(٣) يجب كذلك أن تحصل القوانين الاتحادية الصادرة بناءً على الفقرة (٨) من المادة (٧٣) على موافقة البوندسرات، وذلك في مايتعلق بتنظيمها لهيكل وتقدير مكافآت نهاية الخدمة ومعاشات التقاعد، ويشمل ذلك تحديد الدرجات وتقسيمات الدرجات وتحديد الحدين الأعلى والأدنى وذلك في غير تلك القوانين الصادرة بناءً على الفقرة (١) من هذه المادة.

(٤) يجب أن يشمل تطبيق الفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة مايلزم من تعديل في مكافآت نهاية الخدمة ومعاشات التقاعد للقضاة في الولايات.

ويجب أن يشمل تطبيق الفقرة (٣) مايلزم من تعديل للقوانين الصادرة بناءً على الفقرة (١) من المادة (٩٨)".

إذا أضفنا المواضيع التي تمارس فيها الحكومة الاتحادية الألمانية اختصاصاً تشريعياً حصرياً إلى المواضيع ذات الاختصاص التشريعي المشترك نجد أنها تغطي معظم المواضيع. قامت الدولة الاتحادية في ألمانيا باستغلال سلطتها في إصدار التشريعات في المواضيع ذات الاختصاص التشريعي المشترك استغلالاً كبيراً بحيث لم تترك للولايات مجالاً لإصدار قوانين في هذه المواضيع.

ورغم أنه -يبدو من قراءة نصوص القانون الأساسي- أن ممارسة الاتحاد لحق التشريع في قائمة الاختصاصات المشتركة مقيد ببعض القيود، إلا أن المحكمة الدستورية الألمانية قد أعطت للاتحاد الحق المطلق في تقدير الحاجة لإصدار القوانين في المواضيع المشتركة والخلاصة من ذلك هي هيمنة الاتحاد على الاختصاصات التشريعية في النظام الاتحادي الألماني.

رابعاً: اختصاصات الحكومة الاتحادية بإصدار القوانين التي تضع قواعد عامة غير تفصيلية:

إضافة إلى اختصاص الحكومة الاتحادية بإصدار القوانين في الموضوعات التي تختص بها حصراً أوبالاشتراك مع الولايات هناك موضوعات تختص الحكومة الاتحادية بوضع التشريعات التي تضع الإطار الهيكلي في بعض المواضيع (Frame work legislation) وتختص الولايات بوضع بقية التفصيلات في هذه الشؤون. ويخضع اختصاص الاتحاد بإصدار التشريعات في هذه الأمور لنفس القيود التي يخضع لها في وضع التشريعات في المواضيع التي ورد ذكرها في قائمة الاختصاص التشريعي المشترك وهذه القيود هي ثلاثة قيود وهي عموماً ضرورة وجود التشريع الاتحادي لعدم ملاءمة التشريعات المحلية للموضوع، وقد سبق بيان أن تقدير الاتحاد لمدى توفر هذه الشروط

لايخضع للرقابة ولذلك فهو يخضع للسلطة التقديرية المطلقة للاتحاد.

تنص المادة (٧٥) من القانون الأساسي على أنه: " مع الالتزام بالشروط الواردة في المادة ٧٢ فإنه يكون للاتحاد حق إصدار تشريعات الإطار الهيكلي بشأن:

١- الوضع القانوني للأشخاص العاملين في الخدمة العامة للولايات والبلديات والهيئات العامة الأخرى والذين يخضعون للقانون العام وذلك مع عدم الإخلال بالمادة ٧٤/أ.

١/أ - المبادىء العامة التي تحكم التعليم العالي.

٢- الوضع القانوني العام لأجهزة الإعلام وإنتاج الأفلام.

٣- الصيد البري، المحافظة على البيئة والتحكم في مجال المناظر الطبيعية.

٤- توزيع الأراضي، التخطيط الإقليمي وإدارة مصادر المياه.

٥- الأمور المتعلقة بتسجيل محال الإقامة والموطن و بطاقات الهوية.

خامساً: السلطة التشريعية الضمنية للاتحاد:

بالإضافة لممارسة الاتحاد لسلطة التشريع في بعض الأمور التي وردت صراحة في القانون الأساسي، فإن الاتحاد يمارس سلطة تشريعية أعطيت له بشكل ضمني وإن لم يرد ذكرها صراحة في القانون الأساسي[1].

يقع ضمن السلطة التشريعية الضمنية للاتحاد سلطة الاتحاد في تحديد العاصمة الاتحادية مثلاً وذلك بحسب طبيعة هذا الموضوع وكذلك يقع ضمن اختصاص الاتحاد التشريعي مايكون ضرورياً أو امتداداً طبيعياً لممارسة الاتحاد لسلطة التشريع المذكورة

---

(١) Beyerlin, supra p9.

صراحة في الدستور.

سادساً : مبدأ سمو التشريع الاتحادي :

تنص المادة (٣١) من القانون الأساسي الألماني على سمو القانون الاتحادي على القوانين الصادرة من الولايات. وخلاصة هذه القاعدة أن القانون الاتحادي، ويشمل ذلك كل درجات القوانين من النصوص الدستورية إلى القانون العادي واللوائح، له الأولوية في التطبيق في حالة التعارض مع أي درجة من درجات القانون الصادر من الولايات. وغني عن الذكر أنه حتى يكون للقانون الاتحادي الأولوية في التطبيق فإن القانون الاتحادي يجب أن يكون قد صدر طبقاً للنظام الدستوري القائم. وفي حالة النزاع حول دستورية القوانين الاتحادية فإن المحكمة الدستورية هي المختصة بالفصل في هذا النزاع. فالقاعدة هي سيادة الدستور الاتحادي أولاً ثم الأولوية في التطبيق للقوانين الاتحادية الصادرة بالالتزام بهذا الدستور الاتحادي[١] .

المجالات الرئيسية لممارسة الولايات لسلطة التشريع :

مع هيمنة الاتحاد على مجال التشريع في النظام الاتحادي الألماني فإن الولايات تحتفظ بسلطة تشريعية حصرية على عدد قليل من المواضيع. المواضيع التي تحتفظ الولايات فيها بسلطة تشريعية حصرية هي : تنظيم الحكومات في الولايات، الإدارة المحلية وسلطات الشرطة والشؤون الثقافية والتعليمية. من أهم ما تتميز به سلطة الولايات التشريعية هو شمولها للنظام التعليمي سواء منه التعليم الجامعي أو قبل الجامعي.

---

(١) Huen, supra p177 .

المطلب الثاني
توزيع السلطة التنفيذية

أولاً : القاعدة العامة :

يخضع توزيع السلطة التنفيذية بين الاتحاد والولايات في النظام الاتحادي الألماني لنفس القاعدة العامة التي يخضع لها توزيع السلطة التشريعية، وهي القاعدة المنصوص عليها في المادة (٣٠) من القانوني الأساسي، وهي أن جميع سلطات الحكم التي لم ينص الدستور أو يسمح بإعطائها للاتحاد تبقي بيد الولايات. وبينما أعطى الدستور سلطات تشريعية واسعة للاتحاد وقام الاتحاد باستغلال هذه السلطات بشكل واسع بحيث أصبحت هيمنة الاتحاد على مجال التشريع هيمنة واضحة فإن نصيب الولايات من السلطة التنفيذية هو النصيب الأوفر. ويتميز النظام الاتحادي الألماني بإعطاء حق تنفيذ الكثير من القوانين الاتحادية للولايات ويخول كذلك للاتحاد الحق في توكيل الولايات بتنفيذ الكثير من القوانين الاتحادية الأخرى.

نتيجة لقيام الولايات بسلطات واسعة في مجال التنفيذ ولقلة الوظائف التنفيذية الاتحادية فقد انعكس هذا على قلة الأجهزة التنفيذية الاتحادية وقلة عدد الموظفين فيها واقتصارها على وكالات وجهات تنفيذية قليلة نسبياً وفي المقابل يزداد عدد موظفي الولايات وجهات الحكم المحلي التابعة لها بشكل واضح وتقوم بأداء أغلب وظائف السلطة التنفيذية.

فبالمقارنة مع الاتحاد الفيدرالي الأمريكي الذي تستقل فيه الحكومة الاتحادية بأمور معينة من حيث التشريع والتنفيذ وتقوم الولايات بالتشريع والتنفيذ في شؤون أخرى

فإن التوزيع في الاتحاد الألماني يقوم على إعطاء أغلب السلطة التشريعية للاتحاد وأغلب السلطة التنفيذية للولايات.

ماهو التوزيع الأكثر اتحادية أو تناسباً مع فكرة الاتحاد الفيدرالي؟ هل التوزيع المتبع في الاتحاد الأمريكي ؟ أم التوزيع المتبع في الاتحاد الألماني؟

يمكن أن يكون نموذج الاتحاد الألماني أكثر تناسباً مع ذلك النوع من الاتحادات الذي يسعى لإيجاد تناسق وتوحيد أكثر بين الخدمات ومستوى المعيشة بين أرجاء الاتحاد، مع تقليل الدور التنفيذي للسلطة المركزية عند الخوف من سيطرة ولاية كبيرة واحدة أو أكثر على الاتحاد أو عند الرغبة في منع تحويل الاتحاد إلى دولة موحدة في المستقبل.

تنص المادة (٨٣) من القانون الأساسي الألماني على أنه : " تتولى الولايات باعتبارها السلطة الأصلية المختصة تنفيذ التشريعات الاتحادية مالم ينص هذا القانون الأساسي أو يسمح بخلاف ذلك".

معنى هذه المادة أن الجهة المختصة عموماً بتنفيذ القوانين الاتحادية هي الولايات والاستثناء هو أن ينص القانون الأساسي على خلاف ذلك مثل إعطاء الاتحاد الحق في تنفيذ أحد القوانين.

تتولى الولايات تنفيذ قوانينها وتتولى كذلك كقاعدة عامة تنفيذ القوانين الاتحادية.

تنص المادة (٨٤) من القانون الأساسي على إعطاء الحكومة الاتحادية بعض السلطات الإشرافية لضمان التزام الجهات المحلية المنفذة للقوانين الاتحادية بما تتضمنه هذه القوانين من أحكام. بالإضافة إلى قيام الولايات تطبيقاً للقاعدة العامة بتنفيذ

القوانين الاتحادية، حتى أنه في الأمور التي يختص فيها الاتحاد بالتنفيذ فإنه يجوز للاتحاد أن يعهد للولايات بتنفيذ القوانين الاتحادية بالوكالة عن الحكومة الاتحادية. وتنص المادة (٨٥) من القانون الأساسي على إعطاء الحكومة الاتحادية سلطات إشرافية وتوجيهية أوسع فيما يتعلق بقيام الولايات بالتنفيذ بناءً على طلب الاتحاد.

ثانياً: سلطات الاتحاد في الإشراف على الولايات عند قيامها بتنفيذ القوانين الاتحادية:

تنص المادة (٨٤) من القانون الأساسي على السلطات الإشرافية الآتية:

١- حيث تقوم الولايات باعتبارها سلطة أصلية مختصة بتنفيذ القوانين الاتحادية، فإنه يحق للولايات إنشاء الهيئات المختصة وإصدار اللوائح والإجراءات التنفيذية بما لايتعارض مع التشريع الاتحادي الصادر بموافقة البوندسرات[١].

٢- يجوز للحكومة الاتحادية بعد موافقة البوندسرات أن تصدر قواعد تنفيذية عامة.

٣- تختص الحكومة الاتحادية بمراقبة تنفيذ التشريعات الاتحادية بواسطة الولايات بما يتفق مع القوانين واجبة التطبيق.

ولتحقيق هذا الغرض فإنه يجوز للحكومة الاتحادية إرسال مبعوثين للسلطات العليا في الولايات وبعد أخذ موافقة هذه السلطات الاتصال بالسلطات الأدنى منها، وفي الحالات التي لاتوافق فيها السلطات العليا في الولايات يكون أخذ الإذن بالاتصال بالجهات الأدنى من مجلس البوندسرات.

---

(١) البوندسرات هو المجلس التشريعي الأعلى في الدايت (البرلمان الاتحادي) والبوندسرات يتكون من مندوبين يتم اختيارهم بواسطة المجالس التشريعية للولايات- لذلك فالبوندسرات هو الأمين على مصالح الولايات.

٤- في الحالات التي يتبين فيها وجود عيوب في تطبيق التشريعات الاتحادية في الولايات والتي حددتها الحكومة الاتحادية والتي لايتم تداركها أو إصلاحها فإن للبوندسرات أن يقرر بناءً على طلب الحكومة الاتحادية أو الولاية المعنية ماإذا كانت الولاية مخالفة للقانون. ويكون قرار البوندسرات قابلاً للطعن فيه لدى المحكمة الدستورية الاتحادية.

٥- يجوز بتشريع اتحادي يصدر بموافقة البوندسرات منح الحكومة الاتحادية، بغرض تطبيق التشريعات الاتحادية، حق إصدار توجيهات في حالات خاصة.

وفي هذه الحالات فإنه يجب أن تصدر التوجيهات إلى السلطات العليا في الولايات ماعدا الحالات التي تقرر الحكومة الاتحادية بأنها عاجلة.

وتنظم المادة (٨٥) من القانون الأساسي سلطات الحكومة الاتحادية فيما يتعلق بقيام الولايات بتنفيذ التشريعات الاتحادية بالوكالة عن الحكومة الاتحادية. حيث تقرر المادة (٨٥) السلطات الآتية :

١- حيث تقوم الولايات بتنفيذ التشريعات الاتحادية نيابة عن الاتحاد، فإن إنشاء الهيئات المختصة يكون من صلاحيات الولايات ماعدا الحالات التي ينص تشريع اتحادي صادر بموافقة البوندسرات على غير ذلك.

٢- يجوز للحكومة الاتحادية بموافقة البوندسرات أن تصدر قواعد تنفيذية عامة موحدة بشأن تدريب الموظفين الحكوميين وغيرهم من المعنيين بتطبيق هذه القوانين، ومنها إجراء دورات تدريبية موحدة للموظفين وغيرهم من العاملين في الحكومة.

ويكون تعيين رؤساء الإدارات المسؤولة عن تنفيذ القوانين الاتحادية بشكل مباشر بعد أخذ موافقة الاتحاد.

٣- يجب على سلطات الولايات الالتزام بالتوجيهات الصادرة من السلطات العليا المختصة في الاتحاد.

ويجب أن تكون التعليمات والتوجيهات صادرة إلى السلطات العليا في الولايات ماعدا تلك الحالات التي تقرر فيها الحكومة الاتحادية أن الأمر يعتبر عاجلاً.

ويجب على السلطات العليا في الولايات التأكد من الالتزام بالتوجيهات.

٤- تختص الحكومة الاتحادية بمراقبة مشروعية وملاءمة التنفيذ. وتحقيقاً لهذا الغرض فإنه يجوز للحكومة الاتحادية أن تطلب تقارير وتقديم ملفات ويجوز لها كذلك إرسال مندوبين لأية جهة.

ثالثاً: علاج حالات تقصير الولايات بشكل واضح:

تنص المادة (٣٧) من القانون الأساسي على أنه في الحالات التي تفشل فيها ولاية من الولايات في الالتزام بواجباتها الاتحادية المفروضة طبقاً للقانون الأساسي أو أي قانون اتحادي آخر فإنه يجوز للحكومة الاتحادية، بعد موافقة البوندسرات، أن تتخذ الخطوات المناسبة لإجبار الولاية على الالتزام بالقانون.

وفي ممارسة الاتحاد لهذه السلطة فإنه يجوز للحكومة الاتحادية أو من يمثلها إصدار الأوامر لجميع الولايات وجميع هيئاتها.

وفي الواقع لم يثبت حاجة الاتحاد إلى اللجوء للعلاج المنصوص عليه في هذه المادة

رغم أن بقاءه يفيد في ضمان التزام الولايات بتنفيذ القوانين الاتحادية[1] .

من استعراض النصوص السابقة يتضح أن السلطة الأصلية المختصة بتنفيذ القوانين الاتحادية هي الولايات، وأجاز القانون الأساسي للحكومة الاتحادية أن تعهد للولايات بتنفيذ بعض التشريعات التي قرر القانون الأساسي أن الحكومة الاتحادية مختصة بتنفيذها.

وفي مقابل اختصاص الولايات بتنفيذ معظم التشريعات الاتحادية أعطى القانون الأساسي للحكومة الاتحادية وسائل للإشراف والمراقبة والتوجيه لضمان التطبيق الصحيح والكامل لهذه التشريعات.

وتزداد سلطة إشراف الاتحاد بالنسبة للقوانين التي يختص هو بتنفيذها ويقوم بتوكيل الولايات في القيام بهذا التنفيذ.

في جميع الأحوال تملك الولايات إنشاء وتحديد الهيئات الإدارية القائمة بتنفيذ القوانين الاتحادية ما لم ينص القانون الاتحادي الصادر بناءً على موافقة البوندسرات على غير ذلك.

وفي جميع الأحوال يملك الاتحاد وبعد موافقة البوندسرات إصدار قواعد تنفيذية عامة .

وفي جميع الأحوال تملك الولايات إصدار اللوائح التنفيذية ما لم ينص القانون الاتحادي الصادر بموافقة البوندسرات على غير ذلك .

(١) Johnson, N., State and Government In the Federal Republic of Germany, 2nd ed., pergaoman press (1983). p 121.

وتتمتع الحكومة الاتحادية برقابة المشروعية والملاءمة لما تقوم به الولايات من تصرفات تنفيذاً للقوانين الاتحادية عندما تكون الولايات وكيلة عن الاتحاد في التنفيذ[1].

رابعاً : التنفيذ الاتحادي المباشر :

تنص المادة (٨٧) من القانون الأساسي على قائمة بالأمور التي يختص الاتحاد بالتنفيذ فيها: تشمل هذه القائمة :

- العلاقات الخارجية.
- إدارة الشؤون المالية الاتحادية.
- إدارة خطوط الملاحة المائية الاتحادية وشؤون الشحن البحري.
- مؤسسات الضمان الاجتماعي التي يتعدى اختصاصها ولاية واحدة.

وتنص المادة (٨٧/أ) (٢) على اختصاص الاتحاد بإنشاء قوات عسكرية لأغراض دفاعية.

وتنص المادة (٨٧/د)(٣) على اختصاص الاتحاد المباشر بتنفيذ الشؤون المختصة بالنقل الجوي. وتنص المادة (٨٧/هـ)[2] على اختصاص الاتحاد المباشر بالتنفيذ فيما يتعلق بالنقل على خطوط القطارات الاتحادية.

وتنص المادة (٨٧/و)[3] على اختصاص الاتحاد بالتنفيذ فيما يتعلق بالاتصالات البريدية والتليفونية .

(١) Beyerlin, supra pa.

(٢) أضيفت بتعديل دستوري عام ١٩٥٩م.

(٣) أضيفت بتعديل دستوري عام ١٩٩٤م.

خامساً: الاختصاصات التنفيذية المشتركة:

تنص المادة (٩١/أ)[1] على قائمة بالمواضيع التي يشارك فيها الاتحاد الولايات في القيام بمهام تختص بها أصلاً. ويحدد القانون الاتحادي الذي يصدر بموافقة البوندسرات القواعد العامة والإجراءات والهيئات المختصة بالتنفيذ وقد حدد القانون الأساسي قيوداً متعلقة بالتكلفة المالية المرتبطة بذلك. تشمل المواضيع الخاضعة للاختصاص المشترك:

- بناء وتوسعة مؤسسات التعليم العالي والجامعات والعيادات المرتبطة بها.
- تطوير البنية الاقتصادية الاقليمية.
- تطوير التنظيم الزراعي وحماية السواحل.

وتنص المادة (٩١/ب)[2] على مواضيع تخضع للتعاون بين الاتحاد والولايات. وتسمح هذه المادة للاتحاد والولايات بعقد اتفاقات تعاون بشأن التخطيط للشؤون التعليمية وتشجيع مؤسسات البحث العلمي والمشاريع ذات الأهمية الإقليمية الواسعة.

الشؤون التي يجوز للاتحاد أن يوكل الولايات بتنفيذها:

يجوز للاتحاد بناءً على قوانين تصدر بموافقة البوندسرات أن يعهد للولايات بالتنفيذ في قائمة محددة من المواضيع.

ويتولى الاتحاد العبء المالي اللازم للتنفيذ ويتمتع بصلاحيات أوسع في رقابة وتوجيه التنفيذ.

---

(١) أضيفت بتعديل دستوري عام ١٩٦٩م.

(٢) أضيفت بتعديل دستوري عام ١٩٦٩م.

وهذه القائمة تضم المواضيع الآتية :

- الدفاع المدني[1] .
- بناء الطرق السريعة[2] .
- إدارة الطيران المدني[3] .
- واستغلال الطاقة النووية[4] .

الفصل الثاني
توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة

نتناول في هذا الفصل تطور النظام الاتحادي في دولة الإمارات (المبحث الأول) ثم للقاعدة العامة بشأن توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات (المبحث الثاني) .

المبحث الأول
تطور النظام الاتحادي في دولة الإمارات

مر على الإمارات العربية أطوار مختلفة من التاريخ ارتبطت بشكل كبير بالتطورات التي حصلت في الجزيرة العربية من جانب، ومن جانب آخر ارتبطت بالأهمية الاستراتيجية لموقع هذه الإمارات. وكان للتطورات التي حصلت في عُمان

(١) المادة (٨٧ب) الفقرة(٢)

(٢) المادة (٩٠) الفقرة (١).

(٣) المادة (٨٧د) الفقرة (٢).

(٤) المادة (٨٧جـ) .

وعلاقتها بالدولة الإسلامية أهمية كبيرة على منطقة الإمارات باعتبارها المنطقة الفاصلة بين عُمان (يحدها سلسلة جبال عُمان) وبقية الجزيرة العربية[1].

أهمية منطقة الإمارات من الناحية الاستراتيجية لعبت دوراً كبيراً في تاريخ هذه المنطقة سواء فيما يتعلق بالعلاقة مع جيرانها أو مع الدول الأجنبية الغازية للمنطقة[2]. ابتدأ دخول الدول الأوربية في منطقة الإمارات بالوجود البرتغالي (احتلال جزء من المنطقة) وذلك للسيطرة على هذه المنطقة المهمة من ناحية موقعها[3] بدأ الإنجليز بمنافسة البرتغاليين في الوجود في المنطقة وأول اتفاقية تم توقيعها بين الإنجليز والقواسم في المنطقة كانت سنة ١٨٠٦ ثم أعقبها غزو الإنجليز وتدميرهم لأسطول القواسم عامي ١٨١٩ و ١٨٢٠ وتم توقيع معاهدة مع الإنجليز عام ١٨٢٠.

يتضح من الاتفاقيات التي عقدتها بريطانيا مع الإمارات بأن البريطانيين كانوا يعتبرون حكام الإمارات رؤساء لحكومات مستقلة ثبتت وجودها منذ مدة طويلة. يبقى أن نتساءل هل كان استقلال الإمارات عن بعضها ووجود الشخصية المستقلة لكل منها واقعاً موجوداً قبل عقد الاتفاقات مع البريطانيين أم أن سياسة بريطانيا هي التي أعطت صورة رسمية لاستقلال الإمارات الذي لم يكن مؤكداً في ذلك الوقت؟[4].

---

(١) see : Hawley, D., The Trucial states, Twayne pyblishing (1971), pp. 47 - 59 .

(٢) انظر : د. عبدالعزيز عبدالغني إبراهيم، علاقة ساحل عُمان ببريطانيا، مطبوعات دار الملك عبدالعزيز (١٩٨٢) ص١٨-٧٢.

(٣) المرجع السابق. Hawley, supra p68 .

(٤) Khalifa, A. M, The United Arab Emirates: Unity in Fragmentation, westview (1979) p19.

إن اعتراف بريطانيا باستقلال الإمارات عن بعضها البعض والتعامل مع حكام هذه الإمارات باعتبارهم رؤساء دويلات مستقلة كان له أثر كبير على مستقبل العلاقة المتبادلة بين الإمارات.

رغم أن تاريخ منطقة الإمارات يعكس وجود مركزين تقليدين للسلطة السياسية أولهما منطقة القواسم والثاني منطقة بني ياس.

يوجد في منطقة القواسم تحالف لكثير من القبائل سواء منها مايوجد على ساحل الخليج أو بحر عُمان أو مايوجد في مناطق البدو في الداخل ومركزها التقليدي هو في مدينة رأس الخيمة. وكان في منطقة بني ياس مجموعة من القبائل مركزها التقليدي في منطقة ليوا ثم انتقلت إلى أبوظبي مع إيجاد مركز آخر لهم في منطقة العين (البريمي). تفاوت عدد الإمارات التي نشأت في منطقة القواسم إلى أن استقر عند خمس إمارات (آخر إمارة اعترف لها البريطانيون بالوجود المستقل هي الفجيرة). وانقسمت منطقة بني ياس إلى إمارتين.

أولاً: المركز القانوني للإمارات خلال العهد البريطاني:

يتضح من معاملة بريطانيا للإمارات بأن بريطانيا كانت تعتبر الإمارات دولاً مستقلة لها علاقة تعاهدية خاصة مع الحكومة البريطانية (بموجب الاتفاقيات التي كانت تعتبرها بريطانيا معاهدات معترف بشرعيتها في القانون الدولي) كانت بريطانيا مسؤولة عموماً عن تصريف الشؤون الخارجية وشؤون الدفاع الخارجي بينما تحتفظ كل إمارة بالسيادة على إقليمها في النطاق الداخلي[1].

(١) Al Baharna, H.M , The Arabian Gulf states , Librairie duliban (1975) p25.

لم تكن بريطانيا تهتم كثيراً بالوضع الداخلي للإمارات وإنما أغلب اهتمامها ابتدأ بالسيطرة على الشؤون الخارجية ومنع الإمارات من التعرض لتجارة بريطانيا مع الهند ثم تطور بعد ذلك إلى الغيرة من وجود أي نفوذ لأي دولة أخرى وخصوصاً بعد اكتشاف النفط[1] .

ثانياً: تطور العلاقات بين الإمارات :

كان من تأثير سياسة بريطانيا في عدم التدخل في الشؤون الداخلية للإمارات أن سمح بالتنافس بين الإمارات وهذا التنافس كان في كثير من الأحيان مايصل إلى درجة الصراع العسكري والحروب المتبادلة بسبب مصادر المياه أو أماكن الغوص أو غيرها من الأسباب .

أدى نشوب الصراعات بين الإمارات إلى تدخل البريطانيين لمحاولة إنهاء هذه الصراعات خصوصاً أن الحروب المتبادلة كانت في كثير من الأحيان تهدد المصالح الإنجليزية وتعيق طرق التجارة. في عام ١٨٣٥ اقترح القائم بأعمال المقيم البريطاني في المنطقة عقد معاهدة لإحلال السلام بين الإمارات وتم بالفعل توقيع هذه المعاهدة في شهر أغسطس من نفس العام.

معاهدة ١٨٣٥ كانت معاهدة مؤقتة لمدة سنة وكان يتم تجديدها سنوياً وبناءً على اقتراح البريطانيين تم توقيع معاهدة دائمة للسلام بين الإمارات وذلك عام ١٨٥٣ .

معاهدات ١٨٣٥ و ١٨٥٣ كانت أهميتها هي أنها بدأت بتنظيم العلاقة بين الإمارات ومنع الاعتداءات أو رد الاعتداءات فكان لها أثر جيد في إيجاد امكانية

(١) د. محمد مرسي عبدالله، دولة الإمارات العربية المتحدة وجيرانها (١٩٨١) ص٢٩.

للتعايش والعلاقة السلمية بين الإمارات.

وكان نتيجة إحلال السلام بين الإمارات أن انتعشت تجارة اللؤلؤ وغيرها من أنواع التجارة وازدادت أهمية الإمارات وخصوصاً مراكز السلطة التي تقع على الساحل. أدى انتعاش حكام الساحل إلى خضوع حكام الداخل وقبائل البدو لسلطة مراكز الحكم الساحلية وابتدأت كل إمارة من إمارات الساحل في تكوين بعد داخلي لها من الأراضي الداخلية ومن ولاء قبائل الداخل لحكام الساحل.

بدأت العلاقات بين الإمارات قبل دخول بريطانيا إلى المنطقة وكانت هذه العلاقات قائمة على تنافس بين مجموعتين رئيسيتين من الأحلاف وهي حلف القواسم وحلف بني ياس.

كان تعامل بريطانيا مع حكام الإمارات مع مرور الوقت يؤدي إلى تمييز هذه الإمارات عن بقية المناطق التي يوجد بها نفوذ للبريطانيين في الخليج، فقد كانت الاتفاقيات التي توقع مع الحكام هي اتفاقيات متماثلة وكانت مصالح بريطانيا وسلطتها في المنطقة تتم رعايتها بواسطة ممثل واحد في الإمارات.

استمرت العلاقات بين الإمارات في التطور الإيجابي ومع بداية القرن العشرين (في عام ١٩٠٥) تم عقد اجتماع بين أبوظبي ودبي والشارقة وأم القيوين وعجمان لحل مشكلة بين بعض سكان المناطق الجبلية الداخلية[١].

نتيجة لحاجة الإمارات للتطوير الاقتصادي وبسبب تحسن العلاقات بين الإمارات

---

(١) see : Hawley. supra . pp 147 and 148 .

فقد تم إنشاء مجالس برعاية وتشجيع من البريطانيين وكانت هذه المجالس هي التجارب الأولى لإيجاد علاقات تعاون وتنسيق بين الامارات[1] .

أنشأ البريطانيون مجلس الإمارات المتصالحة لتنسيق برامج التنمية للمنطقة. وذلك في عام ١٩٥٢ . كان المعتمد البريطاني في البداية هو رئيس المجلس وحكام الإمارات أعضاء فيه ثم انتقلت الرئاسة لأحد الحكام[2] .

كان إنشاء مجلس الإمارات المتصالحة مثالاً ونموذجاً لإمكانية العمل المشترك وتجربة نافعة للتنسيق بين الحكام. استمر وجود مجلس الإمارات المتصالحة مايقارب ٢٠ عاماً وتطورت مشاريعه واللجان المنبثقة عنه.

ثالثاً: الخطوات الأولى للاتحاد:

كان لإعلان بريطانيا في ١٦ يناير عام ١٩٦٨ عن نيتها لإنهاء وجودها في المنطقة ورغبتها في مغادرة الإمارات مع نهاية عام ١٩٧١ أثر في إشعال مخاوف وإيجاد الإحساس بعدم الاستقرار والرهبة من المستقبل ومايخبئه للإمارات.

كانت شؤون الدفاع والعلاقات الخارجية عموماً من اختصاص البريطانيين والشك بأن مغادرة بريطانيا سوف توجد فراغاً لابد من ملئه بشكل يعطي الإحساس بالأمان ويمنع أطماع أية دولة من الدول القريبة أو البعيدة التي يمكن أن تطمع في الثروات الموجودة في الإمارات .

---

(١) انظر : د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة -دراسة مقارنة، (١٩٧٨) ص٣١-٣٥.

(٢) المرجع السابق.

وفي ١٨ فبراير عام ١٩٦٨ تم إعلان اتفاقية بين دبي وأبوظبي لإنشاء اتحاد فيما بينهما يختص بالدفاع والشؤون الخارجية والخدمات التعليمية والصحية وشؤون الهجرة والجنسية ويكون له علم واحد.

دعا حاكما أبوظبي ودبي بقية حكام الإمارات المتصالحة وحاكمي قطر والبحرين إلى الانضمام إلى الاتحاد. وخلال أسبوع من إعلان اتحاد أبوظبي ودبي تم إعلان الاتحاد بين تسع إمارات وهي أبوظبي، دبي، الشارقة، عجمان، أم القيوين، رأس الخيمة، الفجيرة بالإضافة إلى قطر والبحرين.

ومع اقتراب فترة انسحاب بريطانيا بنهاية عام ١٩٧١ اتضح أنه من الصعوبة الاستمرار في الاتحاد المكون من تسع إمارات لأسباب عديدة منها أن اتفاقية إنشاء الاتحاد تمت صياغتها على عجل وكانت غير مناسبة وتؤدي إلى الخلاف ومنها التنافس على تولي المناصب المهمة في الاتحاد لذلك لم تتمكن الإمارات التسع من الاتفاق على صيغة الدستور الذي يطبق بعد الاستقلال وانفردت كل من البحرين وقطر بإعلان دستور كل منهما وقامت الإمارات السبع (الإمارات المتصالحة) باستكمال إعداد دستورها. كان الدستور الجديد هو نتيجة مسودة الدستور الذي أعد للاتحاد المكون من تسع إمارات.

والاتحاد جاء ليملأ الفراغ الناتج عن مغادرة بريطانيا للمنطقة ولذلك فإن أهم الاختصاصات التي تم إعطاؤها للاتحاد هي الدفاع والشؤون الخارجية وكذلك الهجرة والجنسية وبعض الشؤون المتعلقة بالخدمات مثل الصحة والتعليم وتم إعلان قيام الاتحاد في يوم ٢ ديسمبر عام ١٩٧١ م.

المبحث الثاني

توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات

إن قراءة النصوص المتعلقة بتنظيم توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات في دستور الإمارات العربية المتحدة يكشف عن تشابه كبير مع الطريقة التي اختطها النظام الأساسي الألماني في توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات.

المطلب الأول
الطريقة الأفقية في توزيع الاختصاصات
في دستور دولة الإمارات

سبق أن بينا أن الطريقة الأفقية في توزيع الاختصاصات هي بأن لايتم تصنيف المواضيع إلى قسمين أو أكثر بحيث أن يتم اعتبار بعضها اتحادياً (تشريعاً وتنفيذاً) وبعضها من اختصاص الولايات، وإنما يشترك الاتحاد والولايات في كثير من المواضيع بحيث يختص الاتحاد بالتشريع وتختص الولايات بالتنفيذ في نفس المواضيع. في النظام الدستوري الألماني رأينا بأن اختيار الأسلوب الأفقي في توزيع الاختصاصات أدى إلى تركيز نشاط التشريع في يد الاتحاد وتركيز نشاط التنفيذ في يد الولايات، وعليه فإن التوازن في الاتحاد الألماني بين الاتحاد والولايات لايقوم فقط على توازن في المواضيع التي تختص بها كل مستوى من مستويات الحكم وإنما يقوم على التوازن بين النشاط الذي يختص به كل مستوى بالنسبة لمجموعات من المواضيع.

يقابل الأسلوب الأفقي في توزيع الاختصاصات أسلوب آخر وهو الأسلوب الرأسي. ونقصد بالأسلوب الرأسي في توزيع الاختصاصات أن يتم تصنيف المواضيع إلى مواضيع اتحادية يختص الاتحاد بالتشريع والتنفيذ فيها وأخرى تكون من اختصاص الولايات تشريعاً وتنفيذاً وقد أخذت أغلب الاتحادات بالطريقة الرأسية في توزيع الاختصاصات ومن هذه الاتحادات الاتحاد الفيدرالي الأمريكي.

يضاف إلى ماسبق أن معرفة القواعد العامة لتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في الاتحادات الفيدرالية قد لاتعكس حقيقة التوزيع إلا إذا أخذنا في الاعتبار مايجري عملاً وما استقر عليه القضاء في الفصل في النزاعات بين الاتحاد والولايات في شأن توزيع الاختصاصات.

قد يكون مبدأ توزيع الاختصاصات في أحد الاتحادات مبنياً على قاعدة عامة وهي أن الاختصاص العام وغير المقيد هو للولايات بينما اختصاص الاتحاد اختصاص محصور سواء كان مقتصراً على الاتحاد أم كان مشتركاً مع الولايات (الاختصاص المشترك هو أن يكون للولايات الحق في ممارسة الاختصاص التشريعي بالنسبة لقائمة من المواضيع مالم يقم الاتحاد بالتشريع في هذه المواضيع وإلى الحد الذي لايتعارض مع هذه التشريعات الاتحادية).

إن القراءة السريعة لمثل هذا النص قد يعطي انطباعاً بأن الدور الأكبر من ممارسة الاختصاص تكون للولايات بينما لايمارس الاتحاد إلا جزءاً قليلاً من السلطة وهذا الانطباع غير صحيح في معظم الأحيان.

قائمتا الاختصاصات التشريعية الاتحادية في ألمانيا تغطيان معظم المواضيع، وهما

لذلك لاتتركان للولايات إلا قدراً ضئيلاً من الاختصاصات التشريعية.

وإذا أخذنا في الاعتبار استحواذ الحكومة الاتحادية على التشريع في المواضيع ذات الاختصاص التشريعي المشترك فإن هيمنة الاتحاد على التشريع تتضح بشكل أكبر.

من الأمور التي تستحق الذكر هنا هو أن اختيار القاعدة العامة في توزيع الاختصاصات له علاقة كبيرة بالتطور التاريخي لنشأة الاتحاد قبل اقرار الدستور ثم له كذلك علاقة بتطور تطبيق هذا التوزيع بعد إنشاء الاتحاد. قد ينشأ الاتحاد إما بتجمع ولايات كانت مستقلة عن بعضها أو ينشأ عن تفكك دولة موحدة.

في حالة نشأة الاتحاد عن تجمع ولايات كانت مستقلة فإن السيادة كانت متركزة في الولايات وسلطة الحكم الطارئة هي السلطة الاتحادية، لذلك تقوم الولايات بالتنازل عن جزءٍ محدد من سلطاتها للاتحاد، وهو الجزء الضروري أو الذي يحقق الغرض من إنشاء الاتحاد، وتحتفظ الولايات بالسيادة وممارسة السلطة في بقية الأمور.

بينما عندما ينشأ الاتحاد نتيجة تفكك دولة موحدة فإن مركز السيادة ومستودعها قبل نشأة الاتحاد هو في المركز (ويمثله الدولة الاتحادية) ومراكز السلطة الطارئة هي الولايات لذلك فإن السلطة المركزية تحتفظ كقاعدة عامة بالسيادة وممارسة السلطة فيما عدا الأمور التي يتقرر أن يتم إعطاؤها للولايات في سبيل تمكينها من ممارسة اختصاصاتها في ظل وجود النظام الاتحادي.

ومن أمثلة الدول التي نشأت عن طريق تجمع ولايات مستقلة هي الولايات المتحدة الأمريكية، ومن أمثلة الدول التي نشأت عن تفكك دولة موحدة هي كندا وكذلك

الاتحاد الجديد نسبياً في بلجيكا.

كذلك فإن اختيار الطريقة الرأسية أو الأفقية في توزيع الاختصاصات يتأثر بتاريخ الدولة وتجاربها السابقة، فألمانيا مثلاً لها تجارب تاريخية في الاتحاد ولأسباب عملية فإن طريقة توزيع السلطة كانت طريقة أفقية ولذلك جاء الدستور الألماني الجديد بنفس الطريقة في توزيع الاختصاصات.

إن مواقف القضاء في شأن توزيع الاختصاصات وطبيعة الظروف الاقتصادية والسياسية عموماً تؤثر في شكل وطريقة توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والولايات في كل الدول ذات الاتحاد الفيدرالي. عموماً جاءت التطورات لمصلحة الدولة الاتحادية بسبب التطورات العالمية سواء في مجال الشؤون السياسية أو الاقتصادية وبسبب سهولة وكثرة الاتصالات مع الدول الأخرى.

لاشك بأن التوجه العام في الدول ذات الاتحاد الفيدرالي بتدعيم الاتحاد قد يؤدي إلى ردود فعل خطيرة وشديدة في بعض الأحيان إذا وجدت أسباب خاصة (قضية ولاية كويبك في كندا كردة فعل للمحافظة على خصوصية الولاية في تميزها باستخدام اللغة الفرنسية مقارنة ببقية الولايات التي تسود فيها اللغة الإنجليزية).

قد يعتمد القضاء على تفسير موسع لسلطة الاتحاد بحيث يتم منح الاتحاد السلطة على الشؤون التي من الواضح أن الدستور قد قرر بأنها تخضع لسلطة الاتحاد وكذلك على الشؤون الأخرى التي تكون تابعة أو ضرورية من أجل ممارسة الاتحاد السلطة على الأمور المقررة له بشكل واضح (يوجد في الدستور الأمريكي فقرة تجيز للاتحاد ممارسة

السلطة في الأمور الضرورية والمناسبة من أجل قيامه بالمهام الموكلة إليه بموجب الدستور)[1].

نعود إلى القاعدة التي اختطها دستور دولة الإمارات في توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات .

تتضح صورة توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات منذ بداية الدستور حيث تنص المادتان الثانية والثالثة من الدستور على النطاقين الموضوعي والجغرافي لسلطتي كل من الاتحاد والإمارات . ففي مجال تحديد المواضيع التي يختص الاتحاد فيها نصت المادة الثانية على أنها : " . . .الشؤون الموكولة إليه بمقتضى أحكام هذا الدستور. . . " أما بالنسبة للمواضيع التي تختص بها الإمارات فقد نصت المادة الثالثة من الدستور على أنها : " . . .جميع الشؤون التي لايختص بها الاتحاد بمقتضى أحكام هذا الدستور" .

فقد حددت هاتين المادتين بأن اختصاص الاتحاد محدد حصراً بموجب نصوص الدستور أما اختصاص الإمارات فيشمل كل مالم يتم النص على اختصاص الاتحاد به .

ورد في المادة (١١٦) من الدستور تأكيد على أن القاعدة هي أن الإمارات تختص بكل الأمور ما لم ينص الدستور على أن المختص هو الاتحاد وذلك عندما نصت هذه المادة على أنه : "تتولى الإمارات جميع السلطات التي لم يعهد بها هذا الدستور للاتحاد . . " .

وورد كذلك إعادة تأكيد على اعتبار أن صاحب الاختصاص العام غير المحصور هي الإمارات وذلك في الباب السابع والذي عنوانه : " توزيع الاختصاصات التشريعية

(١) الدستور الأمريكي المادة (١) ، انظر أحمد كمال أبو المجد المرجع السابق، ص٤٤.

والتنفيذية والدولية بين الاتحاد والإمارات" .

فقد نصت المادة رقم (١٢٢) على أنه : " تختص الإمارات بكل ما لاتنفرد فيه السلطات الاتحادية بموجب أحكام المادتين السابقتين" . إذاً فالقاعدة العامة بالنسبة لتوزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية بين الاتحاد والإمارات هي أن الاتحاد هو صاحب اختصاص حصري محصور في نصوص الدستور، أما بقية الاختصاصات فهي للإمارات تمارسها كل إمارة في نطاق إقليمها.

ننتقل الآن إلى معالجة تفصيلية لكل من توزيع الاختصاصات التشريعية والاختصاصات التنفيذية .

المطلب الثاني
توزيع الاختصاصات التشريعية

لايوجد في الدستور مواد خاصة بتوزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية بل إن التوزيع قد ورد بشكل متداخل وبدون إعطاء عناوين خاصة بكل من هذه الاختصاصات ولابتصنيف التوزيع.

عند دراستنا لأسلوب توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي الألماني وجدنا بأن هناك مواد خاصة بتوزيع الاختصاصات التشريعية ومواد أخرى خاصة بتوزيع الاختصاصات التنفيذية. المواد الخاصة بتوزيع الاختصاصات التشريعية في القانون الأساسي الألماني تم تقسيمها إلى عدة أصناف وتمت عنونتها بعناوين مثل"الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد" ، و" الاختصاص التشريعي المشترك" وتم إيجاد تعريف

بالمقصود بالاختصاص الحصري والاختصاص المشترك.

المواد المهمة في توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور دولة الإمارات هي المواد (١٢٠، ١٢١، ١٢٢) بالنسبة لتوزيع الاختصاصات التشريعية يمكن تصنيف المواد الثلاث المذكورة أعلاه إلى ثلاث فئات الأولى (١٢٠) وهي تشمل المواضيع التي يتمتع فيها الاتحاد بالاختصاص التشريعي الحصري والمادة (١٢١) وهي تشمل المواضيع الخاضعة للاختصاص المشترك والمادة (١٢٢) وهي تأكيد للقاعدة العامة والتي هي أن كل ما لم يتم النص على اختصاص الاتحاد به فهو خاضع لاختصاص الإمارات.

أولاً: الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد:

تنص المادة (١٢٠) على أن ينفرد الاتحاد بالتشريع والتنفيذ في المواضيع التي حددتها هذه المادة.

فبالنسبة لممارسة الاتحاد لاختصاص التشريع في المواضيع المذكورة في المادة (١٢٠) فهذا الاختصاص هو اختصاص حصري لايجوز للإمارات أن تصدر تشريعات في هذه المواضيع.

تشمل المادة (١٢٠) على ١٩ موضوعاً خاضعاً للاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد وهذه المواضيع هي :

١- الشؤون الخارجية.

٢- الدفاع والقوات المسلحة الاتحادية.

٣- حماية أمن الاتحاد مما يتهدده من الخارج أو الداخل.

٤- شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للاتحاد.

٥- شؤون موظفي الاتحاد والقضاء الاتحادي.

٦- مالية الاتحاد والضرائب والرسوم والعوائد الاتحادية.

٧- القروض العامة الاتحادية.

٨- الخدمات البريدية والبرقية والهاتفية واللاسلكية.

٩- شق الطرق الاتحادية التي قرر المجلس الأعلى أنها طرق رئيسية وصيانتها وتحسينها وتنظيم حركة المرور على هذه الطرق.

١٠- المراقبة الجوية وإصدار تراخيص الطيارات والطيارين.

١١- التعليم.

١٢- الصحة العامة والخدمات الطبية.

١٣- النقد والعملة.

١٤- المقاييس والمكاييل والموازين.

١٥- خدمات الكهرباء.

١٦- الجنسية الاتحادية والجوازات والإقامة والهجرة .

١٧- أملاك الاتحاد وكل مايتعلق بها .

١٨- شؤون التعداد والإحصاء الخاصة بأغراض الاتحاد.

١٩- الإعلام الاتحادي.

يمكن تصنيف المواضيع التي وردت في المادة (١٢٠) إلى قسمين: القسم الأول:

هي مواضيع بطبيعتها اتحادية وهي ناتجة عن وحدة الدولة من الناحية الخارجية وعن ضرورة عملية ناتجة عن اختيار الاتحاد الفيدرالي كشكل للدولة.

والقسم الآخر هو مواضيع ليست اتحادية بطبيعتها ولكن في حالة دولة الإمارات كان من الضروري إعطاء هذه الاختصاصات للاتحاد بسبب التكاليف المالية المترتبة عليها والتي قد تعجز بعض الإمارات عن الوفاء بها ولذلك تم إعطاؤها للاتحاد لطمأنة الإمارات بشكل عام إلى أن الاتحاد سوف يتكفل بها.

يشمل القسم الأول جميع البنود عدا ما ورد في البنود ١١و١٢و١٥[١].

ومن أجل المقارنة نجد بأنه في النظام الاتحادي الألماني فإن جميع المواضيع التي وردت في المادة (١٢٠) خاضعة للاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد عدا خدمات الكهرباء والصحة والتعليم (تم حديثاً إدراج التعليم العالي والبحث العلمي تحت سلطة الاتحاد بشكل متزايد).

ويوضح الجدول المرفق [جدول (١)] مقارنة بين المواضيع الخاضعة للاختصاص.

---

(١) انظر أ.د. أحمد كمال أبو المجد المرجع السابق ص٤٥.

مقارنة بين المواضيع الخاضعة للاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد في كل من الإمارات وألمانيا

	الإمارات (المادة ١٢٠)	ألمانيا (المادة ٧٣ من القانون الأساسي)
أولاً: المواضيـــع المشتركة بين الدولتين		١- الشؤون الخارجية. ١- الشؤون الخارجية والدفاع ويشمل ذلك حماية السكان المدنيين.
	٢- الدفاع والقوات المسلحة الاتحادية.	(١) مذكور أعلاه.
	٣- حماية أمن الاتحاد مما يتهدده من الداخل أو الخارج.	(١) مذكور أعلاه + (١٠) التعاون بين الاتحاد والولايات فيمايخص أ- الضبط الجنائي . ب- حماية النظام الأساسي الحر والديموقراطي، والمتعلق بأمن وبقاء الاتحادأو أي من الولايات ، ج- الوقاية من النشاطات التي تستخدم فيها القوة أو تمهيد لاستخدام القوة والتي تهدد المصالح الخارجية للاتحاد.
	٤- شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للاتحاد.	تشمله سلطة الاتحاد التشريعية بشكل حصري ذلك بسبب طبيعة الموضوع دون الحاجة إلى نص دستوري خاص.
	٥- شؤون موظفي الاتحاد والقضاء الاتحادي	٨- الوضع القانوني للعاملين في الاتحاد والهيئات والمؤسسات الاتحادية وذلك في نطاق القانون العام.
	٦- مالية الاتحاد والضرائب والرسوم والعوائدالاتحادية.	تشمله سلطة الاتحاد التشريعية بشكل حصري وذلك بسبب طبيعة الموضوع دون الحاجة إلى نص دستوري خاص.
	٧- القروض العامة الاتحادية.	تشمله سلطة الاتحاد التشريعية بشكل حصري دون الحاجة إلى نص دستوري.

	٨- الخدمات البريدية والبرقية والهاتفية.	تشمله سلطة الاتحاد التشريعية بشكل حصري دون الحاجة إلى نص دستوري.
	٩-شق الطرق الاتحادية التي يقرر المجلس الأعلى أنها طرق رئيسية وصيانتها وتحسينها وتنظيم حركة المرور على هذه الطرق.	٦/أ تشغيل خطوط السكك الحديدية التي تكون مملوكة بشكل كامل أو أغلبية حصصها مملوكة للاتحاد وتعتبر خطوط اتحادية - وإنشاء وصيانة وشتغيل مرافق الخطوط الاتحادية وكذلك ما يتعلق بالرسوم المفروضة على استخدام هذه الخطوط.
	١٠-المراقبة الجوية وإصدار تراخيص الطيارات والطيارين.	٦- النقل الجوي.
	١٣- النقد والعملة.	٤- النقد والعملة وصك النقود، الموازين والمقاييس، وكذلك تحديد قياسات ومعايير الزمن.
	١٤-	٤- (المذكورة أعلاه).
	١٦- الجنسية الاتحادية والجوازات والإقامة والهجرة.	٢- الجنسية في الاتحاد+ ٣- حرية الانتقال، شؤون جوازات السفر، الهجرة، والإقامة، وتبادل تسليم الأشخاص للدول الأجنبية.
	١٧- أملاك الاتحاد وكل مايتعلق بها.	تشملها سلطة الاتحاد التشريعية الحصرية دون الحاجة إلى نص دستوري.
	١٨- شؤون التعداد والإحصاء الخاصة بأغراض الاتحاد.	١١- الإحصاء للأغراض الاتحادية.
	١٩- الاعلام الاتحادي	تشملها سلطة الاتحاد التشريعية الحصرية دون الحاجة إلى نص دستوري خاص.

ثانياً : المواضيع التي ينفرد بها اتحاد الإمارات	١٢- التعليم. ١٣- الصحة العامة والخدمات الطبية. ١٥- خدمات الكهرباء.
ثالثاً : المواضيع التي ينفرد بها الاتحاد الألماني	٥- الوحدة الجمركية والتجارية للمنطقة، والمعاهدات المتعلقة بالتجارة والملاحة، وحرية نقل البضائع وتبادلها وتبادل العوائد المالية مع الدول الأجنبية ويشمل ذلك الجمارك والوسائل الوقائية الأخرى التي تتبع لحماية المنطقة. ٩- حقوق الملكية الصناعية وبراءات الاختراع وحقوق الطبع وقوانين النشر.

جدول رقم (١)

وإذا نظرنا إلى الواقع فإن المواضيع التي تتمتع بكونها مواضيع اتحادية بطبيعتها تجد حرصاً من الاتحاد على ممارسة الاختصاص فيها، بينما المواضيع الأخرى الثلاثة لاتجد نفس الحرص.

ومع ذلك فإن اختصاص الاتحاد بالتعليم قد اكتسب أهمية إضافية بجانب أهميته في كون العبء المالي والإداري على عاتق الاتحاد فإن التعليم يلعب دوراً إضافياً في إيجاد جيل اتحادي متجانس ويضبط مستوى التعليم ومحتواه على مستوى الاتحاد ولذلك يحرص الاتحاد عليه من هذا المنطلق.

ولايخدش من كون الشؤون الخارجية اختصاصاً اتحادياً بطبيعته وأن الاتحاد يحرص عليه بكل غيرة وثبات ماورد في المادة (١٢٣) والتي تنص على أنه : « استثناءً من نص المادة (١٢٠) بند١ بشأن انفراد الاتحاد أصلاً بالشؤون الخارجية والعلاقات الدولية، يجوز للإمارات الأعضاء في الاتحاد عقد اتفاقات محدودة ذات طبيعة إدارية محلية مع

الدول والأقطار المجاورة لها على ألا تتعارض مع مصالح الاتحاد ولا مع القوانين الاتحادية، وبشرط إخطار المجلس الأعلى للاتحاد مسبقاً، فإذا اعترض المجلس على إبرام مثل تلك الاتفاقات فيتعين إرجاء الأمر إلى أن تبت المحكمة الاتحادية بالسرعة الممكنة في هذا الاعتراض.

كما يجوز للإمارات الاحتفاظ بعضويتها في منظمة الأوبك ومنظمة الدول العربية المصدرة للنفط أو الانضمام إليها».

فكما يبدو من نص هذه المادة فإنه قد تمت إضافتها في وقت لاحق لصياغة مجمل مواد الدستور وكذلك فإن ماورد بها يعكس أن الإمارات كانت مستقلة وتتعامل مع العالم الخارجي باعتبارها دولاً ولذلك فإن انهاء كل الحقوق والممارسات المترتبة على ذلك الاستقلال وبشكل مفاجيء لم يكن مقبولاً وقت إنشاء الاتحاد.

أما عن العمل الآن فإن العضو في الأوبك والأوابك هي دولة الإمارات فقط وليست هناك عضوية لأي من الإمارات ولايتصور أن تتقدم أي إمارة بطلب عضوية لأي من هاتين المنظمتين.

وفي ظل وجود اتفاقية إنشاء مجلس التعاون لدول الخليج العربي وبتنظيم العلاقة بين الاتحاد ودول الخليج الأخرى فلا يتصور مبادرة أي من الإمارات إلى التعامل بشكل رسمي وعقد اتفاقيات من أي طبيعة مع بقية دول مجلس التعاون وهي الدول التي يمكن وصفها بأنها مجاورة للإمارات.

لذلك أرى أن مضمون المادة (١٢٣) من الدستور لم يعد مطبقاً في الواقع.

ثانياً: الاختصاص التشريعي المشترك :

لايوجد في دستور دولة الإمارات بيان صريح لوجود اختصاص تشريعي مشترك ولكن الربط بين المواد(١٢١) و (١٤٩) و(١٥١) يؤدي إلى وجود اختصاص تشريعي مشترك بين الاتحاد والإمارات في المواضيع المذكورة حصراً في المادة (١٢١).

إذا رجعنا إلى تعريف الاختصاص المشترك في الدستور الألماني فهو أنه وإن كان اختصاص التشريع في هذه الأمور للاتحاد فإنه وإلى الحد الذي لايوجد فيه تشريع اتحادي وبما لايتناقض مع أي تشريع اتحادي يصدر في المستقبل تستطيع الولايات التشريع في هذه المواضيع.

من أجمل الأوصاف لمنطقة الاختصاص المشترك وصفها بالمساحة التي تكون الأولوية في احتلالها للاتحاد فإذا كانت هناك مساحة شاغرة لم يحتلها الاتحاد فللإمارات الحق في أن تشغلها إلى الوقت الذي يختار الاتحاد أن يقوم باحتلال هذه المساحة وعند ذلك يجب على الإمارات أن تترك موقعها لأن الأولوية هي للاتحاد.

وكما رأينا في دراسة الاختصاص التشريعي المشترك في ألمانيا حيث احتل الاتحاد جميع المساحة الشاغرة ولم يترك للولايات من الناحية الفعلية أي دور في هذه الأمور فكذلك الحال في دولة الإمارات إذ أن التشريعات الاتحادية تتوالى بحيث تقل يوماً بعد يوم المساحات الشاغرة التي تستطيع الإمارات أن تحتلها أو تمارس فيها سلطة التشريع.

تبدأ المادة (١٢١) ببداية قد تعطي انطباعاً خاطئاً عندما تتحدث عن أن الاتحاد « ينفرد بالتشريع» في المواضيع المذكورة في هذه المادة. ولكن تكتمل الصورة عندما نقرأ نص المادة (١٤٩) حيث تنص هذه المادة على أنه : «استثناءً من أحكام المادة (١٢١)

من هذا الدستور، يجوز للإمارات أن تصدر التشريعات اللازمة لتنظيم الشؤون المبينة في المادة المذكورة، وذلك دون إخلال بأحكام المادة (١٥١) من هذا الدستور».

وتنص المادة (١٥١) على مبدأ السمو الاتحادي Federal Supremacy والجزء الخاص من هذه المادة الذي يعنينا هنا هو «...وللقوانين الاتحادية التي تصدر وفقاً لأحكامه (الدستور الاتحادي) الأولوية على التشريعات... الصادرة عن الإمارات... وفي حالة التعارض يبطل من التشريع الأدنى مايتعارض مع التشريع الأعلى...».

وقبل أن نتطرق إلى بيان المواضيع المذكورة في المادة (١٢١) فإننا نورد الملاحظات الآتية على كيفية تنظيم الاختصاص التشريعي المشترك في دستور دولة الإمارات.

١- حتى يتبين وجود الاختصاص التشريعي المشترك لابد من الربط بين عدة مواد موجودة في أجزاء مختلفة من الدستور وهو مالايعتبر تنظيماً سليماً من الناحية المنطقية وقد يعطي انطباعاً خاطئاً عند من يقرأ الدستور للمرة الأولى.

٢- ورد في بداية المادة (١٢١) أن الاتحاد "ينفرد" بالتشريع في المواضيع الواردة بها بينما قصد المشرع كما هو واضح أن تكون هذه المواضيع مشتركة لاينفرد الاتحاد بالتشريع فيها، وهذا فيه تناقض واضح وغير مبرر.

٣- ورد في صدر المادة (١٢١) فقرة " بغير إخلال بما هو منصوص عليه في المادة السابقة" والواقع أن المادتين ١٢٠ و١٢١ تورد كل منهما قائمة منفصلة بمواضيع أخرى وبالتالي فلا يوجد احتمال الإخلال بما ورد في المادة

(١٢٠) عند الحديث عن تنظيم الاختصاص التشريعي بالنسبة للمواضيع الواردة في المادة (١٢١).

وورد في صدر المادة (١٤٩) فقرة "استثناءً من أحكام المادة (١٢١)" والواقع أن إيجاد قائمة مشتركة من الاختصاصات التشريعية ليست استثناءً وإنما هي جزء من تصميم وتنظيم الاتحاد الفيدرالي وبالتالي فليس من المناسب إعطاء صورة أن قيام الإمارات بالتشريع في المواضيع الواردة في قائمة الاختصاص التشريعي المشترك هي ممارسة استثنائية خارجة عن الأصل.

٤- أن صياغة المادة (١٥١) والخاصة بالسمو الاتحادي توحي بأن التشريعات الاتحادية في درجة أعلى من تشريعات الإمارات، والواقع أن القول بأن تشريعات الاتحاد أسمى من تشريعات الإمارات فيه شيء من عدم الدقة ومخالفة للمبدأ الذي يقوم عليه الاتحاد الفيدرالي.

ففي الاتحاد الفيدرالي يوجد سمو اتحادي ولكن هذا السمو هو سمو الدستور الاتحادي والذي يتضمن العناية بكل من الاتحاد والإمارات أو الولايات. وفي الجزء الذي يخصصه الدستور للاتحاد تكون تشريعات الاتحاد واجبة التطبيق ولكن ليست قاعدة أن التشريع الاتحادي أسمى من تشريعات الإمارات.

والقاعدة بالنسبة للمواضيع التي يمارس عليها الاتحاد اختصاصاً تشريعياً حصرياً أن كل التشريعات الاتحادية التي تنظم هذه المواضيع بموجب الدستور تعتبر ممارسة لاختصاص دستوري مشروع.

أما بالنسبة للمواضيع الواردة في المادة (١٢١) وهي الخاضعة للاختصاص التشريعي المشترك فإن قيام الإمارات بالتشريع في هذه المواضيع في غيبة التشريع الاتحادي يعتبر ممارسة لاختصاص تشريعي مشروع وعندما يختار الاتحاد أن يمارس سلطة التشريع بالنسبة لهذه المواضيع تكون الأولوية في التطبيق للتشريع الاتحادي. كون الأولوية في التطبيق للتشريعات الاتحادية في المواضيع الخاضعة للاختصاص المشترك ليس ناتجاً عن سمو تشريعات الاتحاد على تشريعات الإمارات وإنما هو تطبيق لحكم دستوري. والدستور الاتحادي دائماً يتمتع بالسمو على كل التشريعات سواء الاتحادية أو الصادرة من الإمارات بغض النظر عن درجة هذه التشريعات.

إذاً ليس من الصحيح القول أن أولوية تطبيق التشريعات الاتحادية في المواضيع الخاضعة للاختصاص التشريعي المشترك ناتجة عن السمو الدائم للتشريعات الاتحادية على تشريعات الإمارات.

نتيجة لما سبق يتضح بأن ماورد في القانون الأساسي الألماني من وصف لقائمة المواضيع الخاصة للاختصاص المشترك بأنها " اختصاص تشريعي مشترك" وتعريف مصطلح الاختصاص المشترك، وتنظيم الأحكام التي تخضع لها هذه المواضيع في مكان واحد أفضل من الأسلوب الذي اتبعه دستور دولة الإمارات في تنظيم هذه المسألة.

تشمل قائمة المواضيع الواردة في المادة (٢١) والخاضعة للاختصاص التشريعي المشترك مايأتي:

١- علاقات العمل والعمال والتأمينات الاجتماعية.

٢- الملكية العقارية ونزع الملكية للمنفعة العامة.

٣- تسليم المجرمين.

٤- البنوك.

٥- التأمين.

٦- حماية الثروة الزراعية والحيوانية.

٧- التشريعات الكبرى المتعلقة بكل من:

- قوانين الجزاء.

- المعاملات المدنية والتجارية والشركات.

- الإجراءات أمام المحاكم المدنية والجزائية.

٨- حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وحقوق المؤلفين.

٩- المطبوعات والنشر.

١٠- استيراد الأسلحة والذخائر مالم تكن لاستخدام قوات الأمن لأي من الإمارات.

١١- شؤون الطيران التي لاتشملها المادة (١٢٠) من الدستور.

١٢- تحديد المياه الإقليمية وتنظيم الملاحة في أعالي البحار.

والواضح من استقراء المواضيع الواردة في قائمة الاختصاصات التشريعية المشتركة هي أن معظمها يسعى إلى توحيد أو تنسيق جوانب الحياة الاقتصادية واستغلال الثروات وقوانين الجزاء و إجراءات المحاكم وذلك بهدف تسهيل الانتقال بين الإمارات وإيجاد تقارب في نظم الحياة والمستويات الاقتصادية بشكل عام.

ولانجد اختلافاً كبيراً بين المواضيع التي ورد في الاتحاد الألماني إخضاعها

للاختصاص التشريعي المشترك وتلك المواضيع الواردة في نفس الفئة في دستور دولة الإمارات كما يتضح ذلك من الجدول رقم (٢) .

مقارنة بين المواضيع الخاضعة للاختصاص التشريعي المشترك في كل من الاتحادين الألماني والإماراتي

البند	دولة الإمارات (المادة ١٢١ من الدستور)	ألمانيا (المادة ٧٤ من القانون الأساسي)
أولاً :المواضيع التي يشترك بها الاتحادان	١- علاقات العمل والعمال والتأمينات الاجتماعية.	٧- الضمان الاجتماعي. ١٢- قانون العمل ، ويشمل ذلك التنظيم القانوني للعمل، حماية العمال وتنظيم تبادل العمال ووكالات التشغيل وكذلك التأمين الاجتماعي ويشمل التأمين ضد البطالة.
	٢- الملكية العقارية ونزع الملكية للمنفعة العامة.	١٤- نزع الملكية العقارية المتعلق بشأن البنود المنصوص عليها في المادتين (٧٣)و(٧٤) . ١٥- تحويل ملكية الأرض والثروات الطبيعية ووسائل الانتاج للملكية العامة أو للأشكال الأخرى من أشكال المشاريع العامة. ١٨- المعاملات المتعلقة بالعقارات، قانون الأراضي وشؤون إيجار العقارات للأغراض الزراعية ولأغراض السكن والإقامة وشؤون المساكن.
	٤- البنوك.	١١- التشريعات المتعلقة بالشؤون الاقتصادية، (استخراج المعادن، الصناعة، التزويد بالطاقة، الحرف، المهن، التجارة، البنوك ،وعمليات المصارف، بورصات تجارة الأسهم والتأمين).
	٥- التأمين	١١- (المادة المذكورة أعلاه) .

	٦- حماية الثروة الزراعية والحيوانية .	١٧- تشجيع التنمية الزراعية ومنتجات الغابات ،وتأمين مصادر الغذاء ، استيراد وتصدير المنتجات الزراعية ومنتجات الغابات ، صيد السمك في المياه العميقة والساحلية حماية السواحل . ٢٠- الوقاية فيما يتعلق بتسويق الطعام والشراب والتبغ وبضروريات الحياة ، العلف ، البذور الزراعية وبذور الغابات والتقاوي ، وحماية النباتات من الأوبئة والحشرات وكذلك حماية الحيوانات .
	٧- التشريعات الكبرى المتعلقة بكل من : - قوانين الجزاء . - المعاملات المدنية والتجارية والشركات . - الإجراءات أمام المحاكم المدنية والجزائية .	١- القانون المدني ، القانون الجنائي وتنفيذ الأحكام الجنائية ، تنظيم المحاكم وإجراءات التقاضي ، تنظيم ممارسة المحاماة والكاتب العدل والاستشارات القانونية . + المادة (١١) المذكورة أعلاه .
	١٢- تحديد المياه الإقليمية وتنظيم الملاحة في أعالي البحار	٢١- النقل البحري في المحيطات وفي المياه الساحلية وكذلك العلامات البحرية ، والملاحة الداخلية ، خدمات الأرصاد . خطوط الملاحة البحرية والطرق المائية الداخلية المستخدمة للملاحة العامة .
	١٠- استيراد الأسلحة والذخائر مالم تكن لاستخدام قوات الأمن لأي من الإمارات .	٤ / أ - القوانين المتعلقة بالأسلحة والمتفجرات .
	٣- تسليم المجرمين .	٦- شؤون اللاجئين والمستبعدين .
ثانياً : المواضيع التي تنفرد بها الإمارات	٨- حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وحقوق المؤلفين . ٩- المطبوعات والنشر . (٨و٩ - مشمولان في ألمانيا في الاختصاص الحصري للاتحاد وذلك بموجب المادة ٧٣ بند ٩) ١١- شؤون الطيران التي لاتشملها المادة (١٢٠) من الدستور . (جميع شؤون الطيران في ألمانيا خاضعة للاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد) .	
ثالثاً : المواضيع التي تنفرد بها ألمانيا	٢- تسجيل المواليد والوفيات وحالات الزواج . ٣- قانون التجمع وتكوين الجمعيات . ٤- القانون المتعلق بإقامة واستقرار الأجانب (هذا الموضوع مشمول بالاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد في دولة الإمارات المادة ١٢٠ بند ١٦) .	

٥- حماية التراث الثقافي الألماني ضد التصدير للخارج. ٦-تعويض أضرار الحروب وإصلاح آثارها. ١٠- مستحقات المعاقين بسبب الحروب وأسر قتلى الحروب وكذلك مساعدات الأسرى السابقين. ١١/أ -إنتاج واستغلال الطاقة النووية للأغراض السلمية، رقابة وإدارة المنشآت القائمة بذلك. الوقاية من الأخطار الناتجة عن تسرب الطاقة النووية أو من الطاقة المؤينة والتخلص من المواد المشعة . ١٣- تنظيم المنح التعليمية والتدريبية وتشجيع البحث العلمي. (هذا الموضوع مشمول بالاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد في دولة الامارات المادة ١٢٠ بند ١١). ١٦- منع إساءة استخدام القوة الاقتصادية. ١٩- وسائل الوقاية من الأوبئة المعدية التي تصيب الإنسان أو الحيوان وتلك الأوبئة التي تهدد الصحة العامة، الترخيص بمزاولة مهنة الطب والمهن والوظائف الصحية الأخرى، وكذلك المتاجرة بالأدوية والعلاجات والمواد المخدرة والسموم. ١٩/أ- الجدوى الاقتصادية للمستشفيات ورسوم العلاج فيها. (١٩و١٩/أ مشمولان بالاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد في دولة الإمارات بموجب المادة ١٢٠ بند ١٢). ٢٢- المرور على الطرق البرية، النقل الآلي على الطرق، إنشاء وصيانة طرق المرور السريع ذات المسافات الطويلة وكذلك جمع التعرفة المفروضة على مستخدمي الطرق العامة بواسطة العربات وتوزيع الأموال المتوفرة من ذلك (جزء من هذا الموضوع مشمول بالاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد في دولة الإمارات المادة ١٢٠ بند ٩). ٢٣- خطوط السكك الحديدية غير الاتحادية- عدا الخطوط الجبلية. ٢٤- التخلص من النفايات، التحكم في تلوث الهواء والحد من الضجيج. المادة ٧٤/أ- (وهذه المادة تتعلق بمكافآت نهاية الخدمة ومعاشات التقاعد لمنسوبي الخدمة العامة- ويشمل ذلك من يعملون في الولايات وكذلك قضاة محاكم الولايات- والذين لايشملهم الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد.	

جدول رقم (٢)

المطلب الثالث
توزيع الاختصاصات التنفيذية

لاشك أن توزيع الاختصاصات التنفيذية في النظام الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة يجب أن يكون مبنياً على أساس منطقي. فالمواضيع التي يتم إعطاء الاختصاص التنفيذي بشأنها للاتحاد يجب أن تكون ذات طبيعة تتطلب أن تكون ممارسة الاختصاص التنفيذي فيها لممارسة اتحادية. وإن دراستنا للنظام الاتحادي الألماني قد بينت لنا وجود أسباب منطقية لتوزيع الاختصاصات التنفيذية بين الاتحاد والولايات.

فعند استعراضنا لتوزيع الاختصاصات التنفيذية في النظام الاتحادي الألماني رأينا أن القانون الأساسي الألماني قد قام بتنظيم توزيع الاختصاصات التنفيذية بين الاتحاد والولايات في فصل خاص وهو الفصل الثامن تحت عنوان : " تنفيذ التشريعات الاتحادية، الاختصاص التنفيذي للاتحاد".

وأوردت المادة (٨٣) من القانون الأساسي الألماني بأن الولايات تختص باعتبارها السلطات الأصيلة صاحبة الاختصاص بتنفيذ التشريعات الاتحادية مالم ينص القانون الأساسي على غير ذلك.

تنص المادتان (٨٤) و (٨٥) من القانون الأساسي الألماني على ضوابط تنفيذ الولايات للقوانين الاتحادية ومدى سلطة الاتحاد في وضع قواعد ولوائح لتنفيذ هذه القوانين، نلاحظ في هذا المجال الدور الواضح للبوندسرات وهو المجلس التشريعي الأعلى في الموافقة على أية لوائح تصدر أو قواعد تنفيذية تلزم الولايات عند تنفيذها

للقوانين الاتحادية.

تنص هاتان المادتان على وسائل مختلفة لضمان التنفيذ الجيد بواسطة الولايات للقوانين الاتحادية فتشمل الإشراف وإصدار قواعد عامة للتنفيذ وتدريب الموظفين وقد تصل (من الناحية النظرية) إلى درجة قيام الاتحاد بالتنفيذ مباشرة وبعد اتخاذ إجراءات معينة.

تنص المواد (٨٧) و (٨٧/أ) و(٨٧/ب) و (٨٧/ج) و(٨٧/د) و(٨٧/هـ) و (٨٧/ف) و (٨٨) و (٨٩) على المواضيع التي يختص الاتحاد بالتنفيذ فيها وجميعها تقع ضمن الاختصاص التشريعي الحصري للاتحاد وتنص المادة (٩٠) على قيام الولايات باعتبارها وكيلة عن الاتحاد بالتنفيذ فيما يتعلق بطرق المرور السريعة الاتحادية وهذا الاختصاص يقع ضمن السلطة التشريعية المشتركة وبعد ذلك يتطرق الفصل الثامن /أ إلى المواضيع الخاضعة للمسؤولية المشتركة بين الاتحاد والولايات.

عموماً في الاتحاد الألماني فإن الصورة العامة هي: أن الاتحاد له قائمتين من الاختصاصات التشريعية، إحداهما القائمة الحصرية والثانية القائمة المشتركة. والقائمة المشتركة قائمة واسعة جداً وشاملة بحيث لم تترك للولايات إلا القليل من المواضيع للتشريع فيها وخصوصاً أن الاتحاد قد استغل سلطته واحتل المساحة المخصصة للاختصاصات المشتركة احتلالاً يكاد يكون كاملاً.

بالنسبة للاختصاص بالتنفيذ فإن هذه السلطة بشكل أساسي هي سلاح الولايات لموازنة الاتحاد.

فحتى بالنسبة للمواضيع الخاضعة للاختصاص الاتحادي التشريعي الحصري فليست كل هذه المواضيع من اختصاص الاتحاد في التنفيذ، بل إن القانون الأساسي قد قرر بأن الولايات كقاعدة عامة هي صاحبة الاختصاص التنفيذي بالنسبة لجميع القوانين الاتحادية حتى ماصدر منها ضمن الاختصاصات الحصرية للاتحاد. الاستثناء هو قيام الاتحاد بالتنفيذ بشكل مباشر وقد يطلب الاتحاد من الولايات أن تقوم بالتنفيذ كوكيل عن الاتحاد. قائمة المواضيع التي يختص الاتحاد بالتنفيذ فيها هي قائمة قصيرة وفي مواضيع محددة، المهم أنه واضح وبشكل جلي أن تصميم الاتحاد الفيدرالي في ألمانيا هو توزيع الاختصاص بالتشريع بحيث تكون اليد الطولى فيه للاتحاد وتوزيع الاختصاص بالتنفيذ بحيث تكون اليد الطولى فيه للولايات.

بالمقارنة مع ألمانيا والتي اختار قانونها الأساسي الحديث بشكل منفصل عن توزيع الاختصاصات التنفيذية فإن دستور دولة الإمارات لم يتضمن فصولاً خاصة بتوزيع الاختصاصات التنفيذية بين الاتحاد والإمارات ولم ينظم الدستور كذلك بشكل تفصيلي مسؤولية الاتحاد أو سلطته في إصدار اللوائح التنفيذية أو القواعد العامة بشأن تنفيذ الولايات للقوانين الاتحادية.

تنص المادة (١٢٠) على أن " ينفرد الاتحاد بالتشريع والتنفيذ" في المواضيع الواردة بها. وتنص المادة (١٢١) على أن الاتحاد فقط ينفرد بالتشريع في المواضيع الواردة بها بينما رأينا أن المادة (١٢٢) تنص على القاعدة العامة وهي أن كل مالم يتم النص في الدستور على إعطائه للاتحاد من اختصاصات فإن الإمارات هي المختصة به.

من التوزيع الوارد في المواد ١٢٠ و ١٢٢ نرى بأن الاتحاد يختص بالتنفيذ في المواضيع التي يمارس فيها الاختصاص التشريعي الحصري وتختص الإمارات بتنفيذ القوانين التي تصدر في الشؤون التي يمارس الاتحاد فيها اختصاصاً تشريعياً مشتركاً.

إن التقسيم الوارد في المادتين (١٢٠ و ١٢١) تقسيم غير منطقي ولا تحتمه طبيعة الاتحاد الفيدرالي في دولة الإمارات. فبينما من الضروري أن يمارس الاتحاد الاختصاص بالتنفيذ في بعض الشؤون ومنها: الشؤون الخارجية- الدفاع- البريد والاتصالات الهاتفية -النقد والعملة- الجنسية الاتحادية والهجرة والإقامة- الاعلام الاتحادي- الإحصاء لأغراض الاتحاد، نجد بأن بعض المواضيع ليس من الضروري أن يتم إعطاء التنفيذ فيها للاتحاد ومنها : خدمات الصحة والتعليم والكهرباء وخصوصاً بأن وجود هذه المواضيع ضمن المادة (١٢٠) هو لإغراء وطمأنة الإمارات التي ليست لديها مصادر مالية كافية بأن الاتحاد سوف يتولى هذه الأمور فما الذي يمنع إحدى الإمارات الغنية من الاعتماد على نفسها في إدارة مرافق الكهرباء أو بناء المستشفيات أو حتى القيام ببعض الأدوار التنفيذية في مجال التعليم. بسبب عدم التصريح بالدور التنفيذي للإمارات في شأن القوانين الاتحادية الصادرة في المواضيع المنصوص عليها في المادة (١٢١) وعدم استعداد الإمارات، أو بعضها على الأقل، للقيام بدور تنفيذي في المراحل الأولى لقيام الاتحاد و الافتقار إلى الحرص الشديد على استحواذ الإمارات على كل اختصاصاتها الواردة في الدستور مما جعل الاتحاد يقوم بالتنفيذ بشأن أغلب القوانين الصادرة في المواضيع الواردة في المادة (١٢١) . أصدر الاتحاد لوائح تنفيذية بشأن القوانين الاتحادية الصادرة في المواضيع المنصوص عليها في المادة (١٢١) من

الدستور وأقام الوزارات وأعد الكوادر التنفيذية التي تقوم على تنفيذها، فالواقع هو أن الاتحاد يرى بأنه هو المختص بتنفيذ القوانين الصادرة في المواضيع الواردة في المادة (١٢١) وأنه حتى في الحالات التي تشارك الإمارات فيها في التنفيذ فإنها تقوم بذلك باعتبارها وكيلة عن الاتحاد في هذا الشأن.

المثال التقليدي على الدور الاتحادي الكامل في التنفيذ هو في مجال قانون العمل وكذلك في مواضيع جديدة مثل الملكية الأدبية والفنية والصناعية وغيرها.

الاعتقاد السائد عملياً الآن في الدوائر المختصة في الاتحاد هو أن الاتحاد يختص بالتنفيذ في المواضيع التي يختص فيها بالتشريع.

لاشك بأن نصوص الدستور لاتؤيد هذا الاعتقاد لكن جزء من السبب في وجود هذا الاعتقاد هو الغموض النسبي الموجود في الدستور من جهة ومن جهة أخرى عدم حرص الإمارات على الاضطلاع بالدور التنفيذي لأسباب عديدة من ضمنها عدم توافر القدرة الإدارية أو المالية لديها خصوصاً في المراحل الأولى من قيام الاتحاد. قد يكون أحد أسباب عدم تطبيق مشاركة الاتحاد والإمارات في التشريع والتنفيذ في المواضيع الواردة في المادة (١٢١) هو أن اختيار فصل اختصاص التشريع عن التنفيذ وعدم تحديد المقصود بدقة بالتنفيذ هو أن مثل هذا التوزيع غير مناسب لدولة الإمارات. يمكن اعتبار أن التوزيع الرأسي للاختصاصات بين الاتحاد والإمارات أنسب من التوزيع الأفقي الذي يؤدي إلى وجود تشابك وتداخل بين الاتحاد والإمارات بشأن نفس المواضيع مما يستدعي حلولاً معقدة لاتتناسب مع الهدف من تأسيس الاتحاد في دولة الإمارات ولا مع التطور

الإداري والتشريعي في دولة الإمارات خصوصاً في المراحل الأولى من عمر الاتحاد.

قبل الانتقال من هذا الجزء من الموضوع أود الإشارة إلى أمرين:

١- مانصت عليه المادة (١٢٥) من دور إشرافي للاتحاد على الإمارات عند قيامها بتنفيذ القوانين الاتحادية:

فقد نصت المادة (١٢٥) على التزام الإمارات بـ" اتخاذ ماينبغي من تدابير لتنفيذ القوانين الصادرة عن الاتحاد...".

ونصت المادة كذلك على أنه:"... للسلطات الاتحادية الإشراف على تنفيذ حكومات الإمارات للقوانين ...الاتحادية ....".

وردت الأحكام في هذه المادة دون تخصيص نوع معين من التشريعات الاتحادية وكذلك شملت إلى جانب القوانين المعاهدات التي أبرمها الاتحاد وكذلك الأحكام القضائية الاتحادية، ولم تحدد هذه المادة مامعنى الإشراف الذي يقوم به الاتحاد وماهو الحل حينما ترفض إمارة أو أكثر تنفيذ أحد القوانين الاتحادية ولم تخصص هذه المادة التشريعات الصادرة في المواضيع الواردة في المادة (١٢١).

كل ماسبق بيانه يزيد في الغموض الموجود أصلاً في صياغة المواد (١٢٠) و (١٢١) و (١٢٢).

وإذا قارنا نص المادة (١٢٥) بما ورد في القانون الأساسي الألماني نجد بأنه قد وردت الكثير من التفصيلات في القانون الأساسي الألماني،

هذه التفصيلات تنبىء عن إدراك الذين قاموا بصياغة وإقرار القانون الأساسي

الألماني بخصوصية وتعقيد مثل هذه المسألة وينبىء عن تجربة سابقة في ألمانيا في هذا الشأن.

٢- ماورد في الفقرة (٥) من المادة (٦٠) من الدستور من نص على أن يتولى مجلس الوزراء :

" وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وكذلك لوائح الضبط..." وأجازت هذه الفقرة " ... بنص خاص في القانون، أو لمجلس الوزراء تكليف الوزير الاتحادي المختص أو أية جهة إدارية أخرى في إصدار بعض هذه اللوائح". لم تفرق الفقرة المشار إليها أعلاه بين القوانين الاتحادية الصادرة في المواضيع الواردة في المادة (١٢٠) والمواضيع الواردة في المادة (١٢١).

نص الفقرة الخامسة من المادة (٦٠) يفهم منه بأن الاتحاد هو المختص بإصدار اللوائح التنفيذية لجميع القوانين الاتحادية والجهة الاتحادية المعنية بذلك هي مجلس الوزراء إلا إذا ورد بنص خاص في القانون أو بقرار من مجلس الوزراء تكليف الوزير المعني أو أية جهة إدارية أخرى بإصدار هذه اللوائح. وبناءً على نص الفقرة المشار إليها ورد في الغالبية العظمى من القوانين الاتحادية الصادرة في المواضيع الواردة في المادة (١٢١) من الدستور تكليف الوزير المعني بإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين الاتحادية، وقد صدرت لوائح تنفيذ القوانين وتم تطبيقها في الواقع من أمثلة النصوص التي ورد فيها تكليف الوزراء بإصدار اللوائح التنفيذية :

- المادة (١٩٢) من القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ في شأن تنظيم علاقات العمل.

- المادة (٣٢٦) من القانون الاتحادي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ (المعدل بالقانونين ١٣ لسنة ١٩٨٨ و ٤ لسنة ١٩٩٠) في شأن الشركات التجارية.
- المادة (٤٩) من القانون الاتحادي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢ في شأن العلامات التجارية.

المطلب الرابع
اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا
في شأن توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات

ورد إلى المحكمة الاتحادية العليا العديد من طلبات تفسير الدستور تتعلق بتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات.

كان أول طلب وهو أول قضية تعرض على المحكمة وذلك عندما قدم الطلب بتاريخ ٢٤ / ١٠ / ١٩٧٣ وصدر الحكم فيه بتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٩٧٣ (صدر قانون المحكمة في ٢٥ / ٧ / ١٩٧٣ ونشر في أغسطس ١٩٧٣ وبدأ العمل به في سبتمبر ١٩٧٣) كل هذا يؤكد أهمية موضوع توزيع الاختصاصات.

وكان ثاني طلب لتفسير الدستور فيما يتعلق بتوزيع الاختصاصات أيضاً ثاني قضية تعرض على المحكمة وهو الطلب الذي تم إيداعه في ١٣ / ١ / ١٩٧٤ وصدر الحكم فيه في ١٤ / ٤ / ١٩٧٤م.

وتوالت طلبات التفسير بعد ذلك على المحكمة في هذا الموضوع المهم. وسوف نتناول اجتهاد المحكمة بشأن توزيع الاختصاصات بحسب تواريخ صدور الأحكام.

١- طلب التفسير رقم ١ لسنة ١ : طلب وزارة الداخلية[١] .

ورد في طلب التفسير المقدم من وزارة الداخلية عدة طلبات منها طلب تفسير المادة (١٢١) وبشكل خاص في شأن التشريعات الكبرى المتعلقة بالإجراءات أمام المحاكم المدنية والجزائية.

وهل يجوز للإمارات ممارسة التشريع في المواضيع الواردة في المادة (١٢١)؟

ورد في حكم المحكمة " ٣- إن توزيع الاختصاصات التشريعية بين الاتحاد والإمارات الأعضاء فيه المنصوص عليه في المادة (١٢١) من الدستور إنما يتفرع عن كون الاتحاد دولة مركبة لها سيادتها وشخصيتها الدولية، تتألف من إمارات متعددة لكل منها سيادتها وسلطاتها التنفيذية والتشريعية والقضائية، تستقل بممارستها على أراضيها وسكانها خارج الإطار الذي ينفرد الاتحاد فيه بسلطانه" .

وورد كذلك في الحكم "٥- لاقيد على الإمارات في أن تضع التشريعات اللازمة لتنظيم تلك الأصول العامة التي تشتمل عليها التشريعات الكبرى ووضع الحلول التشريعية لما تواجهه الإمارات من مسائل جزئية عند التطبيق بما لايتعارض مع تلك التشريعات الكبرى أو أي قانون اتحادي آخر وفقاً لحكم المادتين ١٤٩ و١٥١ من الدستور" .

---

(١) منشور في مجلة العدالة العدد ٣٧ لسنة ١٠ - أكتوبر ١٩٨٣ ص٦٧.

(ملاحظة : ورد في المجلة بأن الحكم صدر في نوفمبر ٧٤ بينما الصحيح في نوفمبر ٧٣).

٢- طلب التفسير ١ لسنة ٢ : طلب مجلس الوزراء[1] .

ورد في طلب التفسير المقدم من مجلس الوزراء سؤالان الثاني منهما هو طلب تفسير المادتين (١٢٠ و١٢١) من الدستور المؤقت في شأن الاختصاصات التشريعية والتنفيذية للاتحاد والإمارات : " لبيان المعنى المقصود من التشريع والتنفيذ الوارد ذكرهما في المادتين " المشار إليهما .

وقد ورد في الحكم بيان لما يقصد بالتشريع وهو وضع قواعد كلية منظمة لروابط المخاطبين.

وورد كذلك في الحكم بيان المقصود بالتنفيذ وهو :" إن المقصود بالتنفيذ وفق المادتين (١٢٠ و١٢١ ...) التدابير الإدارية الصادرة عن السلطات المختصة بالتنفيذ" .

وبين الحكم بأن ا لتدابير الإدارية تشمل اللوائح والقرارات الفردية . يفهم من الحكم بأن إصدار اللوائح التنفيذية للتشريعات الصادرة بشأن المواضيع الواردة في المادة (١٢١) هو من اختصاص الإمارات .

٣- طلب التفسير ٥ لسنة ٨ : طلب وزارة الزراعة [2] .

يتضمن طلب وزارة الزراعة طلب بيان ماإذا كان الاتحاد مختصاً بالتشريع في شأن الأسماك وهل اختصاص الاتحاد بموجب المادة (١٢١) بالتشريع في شأن الثروة الحيوانية يشمل الأسماك ، وكذلك ماإذا كان الدستور يحرم الإمارات من التشريع في المسائل التي يختص الاتحاد بالتشريع فيها بموجب المادة (١٢١) .

---

(١) منشور في مجلة العدالة. العدد ٣٧ لسنة ١٠ - أكتوبر١٩٨٣ص٦٩.

(٢) منشور في مجلة العدالة. العدد ٣٧ لسنة ١٠ -أكتوبر ١٩٨٣ ص٧٧.

ورد في الحكم أن الثروة الحيوانية تشمل الأسماك لذلك يختص الاتحاد بالتشريع بشأنها وورد كذلك بأنه يجوز للإمارات أن تشرع في شأن المواضيع الواردة في المادة (١٢١) بحيث لاتتعارض تشريعات الإمارات مع التشريع الاتحادي.

٤- طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٧ : طلب النائب العام [١] .

قدم النائب العام طلباً لبيان ماإذا كان إصدار الاتحاد لقانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ٨٧ يترتب عليه سقوط كل من قانون العقوبات المحلي في أبوظبي وقانون العقوبات المحلي في دبي.

وقد قررت المحكمة أنه بما أن موضوع إصدار قانون العقوبات هو من الأمور التي ينفرد الاتحاد بحق التشريع فيها بموجب المادة (١٢١) من الدستور، ولكن الدستور أجاز للإمارات إصدار القوانين في الشؤون الواردة في المادة (١٢١) بشرط أن لاتتعارض تشريعاتها مع القوانين الاتحادية.

وبناءً عليه فقد قررت المحكمة بأن إصدار قانون العقوبات الاتحادي لم يلغ القوانين المحلية الصادرة بشأن العقوبات إلا إذا تعارضت بعض نصوصها أو أحكامها مع ماورد في القانون الاتحادي وأن الإلغاء يشمل فقط الجزء الذي يتعارض مع القانون الاتحادي.

٥- طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٩: طلب مدير ديوان رئيس الدولة.

طلب مدير ديوان رئيس الدولة بحث دستورية بعض مواد قانون الشركات التجارية الاتحادي (القانون ٨ لسنة ٨٤) وذلك على ضوء المواد ١٢٠ و ١٢١ و ١٢٢ وخصوصاً بشأن إعطاء الاتحاد سلطة التنفيذ خلافاً لما يقتضيه الدستور من

---

(١) منشور في مجلة العدالة عدد إبريل سنة ١٩٩١ ص٣٥.

احتفاظ الإمارات بسلطة التنفيذ.

وقد قررت المحكمة عدم قبول الطلب لأنه في الواقع طعن في دستورية قانون اتحادي لايصح إلا إذا قدم من إمارة أو أكثر .

رغم ماورد في تفسير المحكمة للدستور في طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ من أن الإمارات تختص بإصدار اللوائح التنفيذية بشأن القوانين الاتحادية الصادرة في المواضيع المشمولة في المادة (١٢١) إلا أنه وكما رأينا سابقاً يتضح بأن الواقع هو أن الاتحاد هو الذي يصدر اللوائح التنفيذية وأكثر من ذلك تتولى السلطات الاتحادية بشكل كامل تقريباً تنفيذ هذه القوانين الاتحادية.

الخاتمة :

رأينا بأن أسلوب توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات في دستور دولة الإمارات هو الأسلوب الأفقي الذي اختطه الاتحاد الألماني.

الأسلوب الأفقي هو أن يتم فصل مسألة التشريع والتنفيذ بالنسبة لكثير من الاختصاصات بحيث يختص الاتحاد بالتشريع وتختص الولايات / الإمارات بالتنفيذ.

يقابل الأسلوب الأفقي في توزيع الاختصاصات الأسلوب الرأسي والذي بموجبه يختص الاتحاد ببعض الشؤون تشريعاً وتنفيذاً وتختص الولايات ببقية الشؤون من الناحيتين التشريعية والتنفيذية.

رأينا في الاتحاد الألماني بأن قائمة المواضيع التي يختص الاتحاد بالتشريع فيها سواء أكان اختصاصاً حصرياً أو اختصاصاً مشتركاً(والواقع بأن الاتحاد قد استغل سلطته في التشريع في المواضيع الخاضعة للاختصاص التشريعي المشترك استغلالاً كبيراً) تشمل الغالبية العظمى من المواضيع بحيث أن المواضيع التي احتفظت الولايات بالتشريع فيها هي مواضيع محدودة جداً.

ومقابل سيطرة الاتحاد على الجانب التشريعي فقد أعطى القانون الأساسي الألماني للولايات السيطرة على الجانب التنفيذي. فقد خصص القانون الألماني قائمة محدودة بالمواضيع التي يمارس عليها الاتحاد اختصاص التنفيذ وأعطى اختصاص التنفيذ على الأغلبية العظمى من الشؤون للولايات.

أدى اختصاص الولايات بالتنفيذ بشأن الغالبية العظمى من المواضيع إلى كبر حجم

الأجهزة التنفيذية للولايات في مقابل صغر حجم الأجهزة التنفيذية للاتحاد وأغلبهاعبارة عن جهات تنسيقية بين الولايات.

القاعدة العامة بالنسبة للاختصاص بالتشريع هي أن الشؤون التي بطبيعتها اتحادية وناتجة عن كون الاتحاد ذو شخصية دولية واحدة [مثل الدفاع والشؤون الخارجية والجمارك] وكذلك الشؤون المرتبطة بوجود إقليم الاتحاد [مثل: الهجرة والجنسية الاتحادية والمقاييس والموازين والعملة] قد تم إعطاؤها للاتحاد بشكل حصري.

أما المواضيع التي تعتبر ذات علاقة بتوحيد مستوى المعيشة وتسهيل الانتقال بين أجزاء الاتحاد (من أمثال: قانون العمل والتأمينات الاجتماعية والقوانين الاقتصادية وقوانين تنظيم المهن... الخ) فقد تم إدراج هذه المواضيع ضمن قائمة الاختصاص التشريعي المشترك.

بالنسبة لاختصاص الولايات بتنفيذ القوانين الاتحادية فقد تم النص على مثل هذا الاختصاص صراحة في القانون الأساسي الألماني وحدد هذا القانون صلاحيات الاتحاد والجهة التي تتحمل التكلفة المالية وحدد الحلول التي يتم اتباعها في حالة تخلف الولايات عن القيام بالتنفيذ بالشكل المطلوب.

ابتدأ وجود التوزيع الأفقي للاختصاصات في ألمانيا منذ اعتماد قانون الاتحاد الكونفدرالي الألماني في ٨ يونيو عام ١٨١٥ فقد أوجد هذا الاتحاد كياناً يمكن وصفه من الناحية الدستورية بأنه وسط بين الاتحاد والفيدرالي والكونفدرالي [1]. كان للعديد

(١) انظر Koch, supra p22 .

من الدول سواء الأعضاء في الاتحاد أو الدول الأخرى التي ساهمت في إقامة الاتحاد بعد هزيمة نابوليون، كان لكل هذه الدول مخاوف من إنشاء دولة قوية في ألمانيا، لذلك بدأ الاتحاد بضعف كبير في الشؤون التشريعية والتنفيذية ولكن تطور الأوضاع حتّم بعد ذلك تقوية اختصاصات الاتحاد التشريعية (وذلك للمساعدة على إيجاد وحدة اقتصادية في كامل الإقليم) ولكن الخاوف من قوة الدولة المركزية أدى إلى احتفاظ الولايات بسلطة التنفيذ بشكل كبير [1].

كانت التجربة الأساسية في الاتحاد الألماني هي عدم وجود سلطة مركزية تنفيذية، وذلك امتداداً لتطور ألمانيا حتى قبل الاتحاد وبدل أن يوجد مركز واحد كانت توجد عدة مراكز[2].

استمرت التطورات بعد ١٨٧١ في إثبات عدم وجود مركز للسلطة في ألمانيا. الاتحاد الألماني الذي تم إنشاؤه عام ١٨٧١ كانت فيه قوة واحدة مهيمنة وهي بروسيا والتي لاتوازنها أية قوة أخرى لذلك وللمحافظة على استقلال بقية الأجزاء وخوفاً من سيطرة بروسيا فقد تم النص على احتفاظ الولايات بقدر كبير من السلطة التنفيذية[3].

وقد جاء دستور فايمار سنة ١٩١٩ ليؤكد تميز الاتحاد الفيدرالي الألماني بقوة الاتحاد تشريعاً وقوة الولايات تنفيذاً[4] عندما تم إعادة إنشاء الاتحاد الألماني بعد انتهاء الحرب

---

(١) انظر محمد بكر حسين، المرجع السابق ص٨٩.

(٢) انظر : Johnson, State and government in the Federal Republic of , Germany supra p 11 .

(٣) المرجع السابق ص١٢.

(٤) د. محمد بكر حسين، المرجع السابق ،ص٩٩.

العالمية الثانية فإن الرغبة في عدم وجود مركز قوى مسيطر على الاتحاد كانت ماتزال موجودة بل تأكدت الحاجة إليها بعد تجربة ألمانيا السابقة لهذا التاريخ.

وحيث أنه قد تم ترك أمر صياغة الدستور الاتحادي للألمان بأنفسهم فإننا نجد بأن الاتحاد الألماني قد حافظ على تميزه الموجود سابقاً من إعطاء السيطرة على التنفيذ للولايات وجعل المركز صغيراً وضعيفاً من الناحية التنفيذية.

وبالمقارنة فإنه في حالة دولة الإمارات لاتوجد نفس التجارب السابقة من الرغبة في إضعاف المركز من الناحية التنفيذية ولذلك فإن اقتباس التجربة الألمانية والنص على توزيعٍ للاختصاصات شبيه بالتوزيع في الاتحاد الألماني دون وجود نفس الدوافع ونفس التجارب السابقة أو شبيهة بها من المحتم أن يؤدي إلى تعثر في التطبيق وعدم ملاءمة مع الواقع.

كما اتضح لنا من الدراسة فإن الاختصاصات التشريعية الاتحادية حسب المادتين (١٢٠ و١٢١) ليست بنفس إحاطة الاختصاصات التشريعية الاتحادية الألمانية. والتجربة بالنسبة لتوزيع الاختصاصات التنفيذية لم يتم فهمها أو الالتزام بها إما لعدم وجود الإمكانية من الإمارات أو لعدم الرغبة في تحمل الأعباء الناتجة عن ذلك.

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية :

- أ.د. أحمد كمال أبو المجد

النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة.

ملحق خاص في : دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مسحية شاملة إصدار: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم- معهد البحوث والدراسات العربية- إشراف أ.د. يوسف أبو الحجاج ١٩٧٨ .

- د. عادل الطبطبائي

النظام الاتحادي في دولة الإمارات ١٩٧٨ .

- د. عبدالعزيز عبدالغني إبراهيم

علاقة ساحل عمان ببريطانيا ١٩٨٢ .

- أ.د. محسن خليل

النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٨٩ .

- د. محمد بكر حسين

الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق ١٩٧٧ .

- د. محمد مرسي عبدالله

دولة الإمارات العربية المتحدة وجيرانها ١٩٨١ .

- أ.د. وحيد رأفت

دراسة ووثائق حول اتحاد الإمارات العربية في الخليج رسائل الجمعية المصرية للقانون الدولي - الرسالة التاسعة عشرة ١٩٧١.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

أ- الكتب:

- Al Baharna, H., The Arabian Gulf states (scanded.) , Librairie du Liban (1975) .

- Bernhardt, R. & Beyerlin, U. , (eds) Reports on German Public Law - X11 th international Congress of comparative law, C.F. Muller Juristischer verlag, (1990).

- Blair, P.M. , federalism and Judicial Review in West Germany , Clarendon press (1981).

- Burgess, M.& Gagnon, A. (eds), comparative Federalism and federation, Harrester - wheat sheat (1993).

- Hawley, D., The Trucial states, Twayne publishing (seconded. 1971).

- Hesse,J.& Johnson, N.(eds.), Constitutional policy and change in Europe, Oxford University press (1995).

- Jeffery, C.& Savinger, P., German Federalism Today , leicester University press (1991).

- Johnson, N. State and Government in the federal Republic of Germany, second edition, Pergamon press (1983) .

- Khalifa, A.M., The United Arab Emirates: Unity in Fragmentation, westview press (1979).

- Koch, H.W. Aconstitutional History of Germany, Longman (1984).

- Mcwhinney, E, Comparative Federalism, University of Toronto press (1962) .

- Ridely, F.F.,(ed) Government and Adminstration in western Europe, martin Roberson (1979).

- Smith, G., Federalism : the Multiethnic Challenge., Longman (1995).

- Starch, C. (ed), Rights Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law, nomos verlagsgesellschaft (1987).

- Starck, C. (ed.), studies in German Constitutionalism, nomos verlagsgesellschaft (1995) .

- wheare, K.C. Federal Government, Oxford university press (1947).

ب- المقالات :

- Grimm, D. , Constitutional Reform in Germany after the Revolution of 1989, In : Hesse, J. & Johnson, N., Constitutional policy and chnge in Europe, oxford university press (1995).

- Guibernau, M., Spain : A federation in the making, In : federalism : The Multiethnic challenge, Smith, G. (ed.) Longman (1995).

- Johnson, N., Territory and power : Some historical determinants of Constitutional structure of the federal Republic of Germany In: Jeffery,C. & Savinger, P. (eds), German Federalism today. Leicester university press (1991),

- Murphy, A., Belgium's Regional Divergence : Along the road to Federation , In : federalism : The Multiethnic challenge, Smith, G. (ed), Longman (1995).

- Sothern, D. Germany, In : Ridely, F., Government and Adminstration In westerm Eurpe, martin Robertson (1979) .

- Watts, R., west German federalism : Compartive perspectives, In : Jeffery, C. & Savinger, P. (eds), German federalism today, liccster University press (1991).

□□□

The distribution of executive and legislative power in the federal system of the Federal Republic of Germany is studied. Historical, political and other factors affecting the German federal system are mentioned.

The distribution of executive and legislative power in the federal system of the United Arab Emirates is studied.

The diffrerent factors affecting the federal system in the United Arab Emirates are mentioned.

The paper contains a comparison between the distribution of power in the two federal systems . The paper sheds light on the problems existing in the actual distribution of power in the United Arab Emirates federal system and explains the causes for such problems.

□□□

Abstract

The Distribution of Power in the Federal systems of the United Arab Emirates and the Federal Republic of Germany

prepared by

Dr. Hadif Rashid Alowais
Chairman, Department of Public Law

The Federal system is a system of government in which two levels of government share the power in one country. The two levels of government derive their powers from a federal cons - titution. The federal constitution distributes power between the two levels of government and insures the co-independence of the two levels of government.

There are several forms of distribution of powers between the levels of government in the federal system. The form of distribution of power and its gradual change is affected by the different factors in the country.

The paper starts with stressing the importance of distribution of power for the establishment and survival of any federal system.

بسم الله الرحمن الرحيم

التعويض عن وفاة العامل
وفقاً لأحكام قانون العمل والتشريعات المنظمة للمسؤولية عن الفعل الضار والدية

تعليق على حكم محكمة الشارقة المدنية الابتدائية بتاريخ ١٩٩٥/٥/٣١ في الدعوى رقم ٢١٥ لسنة ١٩٩٣،
وحكم محكمة الشارقة الاستئنافية الاتحادية بتاريخ ١٩٩٥/١١/١٥ في الاستئنافات رقم ١٦, ١٦٨، ١٧٨ لسنة ١٩٩٥
وحكم المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ١٩٩٦/١٠/٨ في الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ نقض مدني

إعداد

الدكتور جاسم علي سالم الشامسي *

* أستاذ قانون المعاملات المدنية المساعد، ورئيس قسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

الوقائع

بتاريخ ١٧ / ١٠ / ١٩٩٢، بينما كان العامل لدى فندق كونتننتال الشارقة، والذي يعمل فيه مسؤولاً عن الأنشطة الرياضية، يقوم بناء على أوامر مديره بفحص أنابيب المياه في السكن الخاص بعمال الفندق المذكور، تعرض لصعقة كهربائية أدت إلى وفاته.

تبين من التقرير الذي أعدته دائرة الكهرباء والماء بالشارقة حول أسباب الحادث أن هناك تماس كهربائي حدث بين الخط الحي والخط الساخن، مما أدى إلى انتقال الكهرباء في جميع المواسير داخل الحمام. ونظراً لعدم وجود أجهزة حماية داخل السكن لم تفصل الكهرباء أثناء حدوث التماس، مما نتج عنه صعق العامل ووفاته.

وقد جاء في تقرير النيابة العامة أن الثابت من الأوراق أن الوفاة كانت نتيجة صعق كهربائي لوجود خلل بالسخان وعدم وجود جهاز حماية للتوصيلات الكهربائية بسكن العمال، وهذا الفعلُ إن لم يكن فعلاً إيجابياً مباشراً أدى إلى الوفاة، إلا أنه يدخل في نطاق الامتناع عن تركيب جهاز الحماية في التوصيلات الكهربائية نتيجة الإهمال وعدم التبصر بالعواقب الناتجة عن ذلك. ولذا فإن الواقعة تدخل في نطاق التأثيم الجنائي المقرر بنص المادة ٣٤٢ من قانون العقوبات الاتحادي.

تقدم ورثة العامل لوزارة العمل بالشارقة مطالبين بحقوق العامل المتوفى وفقاً لأحكام المادة ١٤٩ من قانون تنظيم علاقات العمل رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ والتي تنص على أنه: " إذا أدت إصابة العمل أو المرض المهني إلى وفاة العامل استحق أفراد عائلته

تعويضاً مساوياً لأجر العامل الأساسي عن فترة مقدارها أربعة وعشرين شهراً على أن لاتقل قيمة التعويض عن ثمانية عشر ألف درهم وأن لاتزيد على خمسة وثلاثين ألف درهم وتحسب قيمة التعويض على أساس آخر أجر كان يتقاضاه العامل قبل وفاته ويوزع التعويض على المستحقين على العامل المتوفى وفق أحكام الجدول الملحق بهذا القانون...".

وفي الوقت نفسه فقد طالبوا بدية المتوفى بناءً على أن الوفاة كانت نتيجة إهمال من إدارة الفندق وهي ١٥٠٠٠٠ درهم . كما طالبوا بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي لحقت بهم بموت مورثهم وفقاً للمادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية والتي تنص على أنه : "١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي. ٢- ويجوز أن يقضى بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب". وقدروه بمائة وخمسين ألف درهم. ثم عدلوا طلباتهم في لائحة الدعوى المقدمة لمحكمة الشارقة المدنية إلى مليون ونصف عن جميع عناصر الأضرار المذكورة سابقاً ضد فندق كونتننتال الشارقة.

وإذ انتهت مطالبات الورثة إلى المحكمة الابتدائية، فقد أسسوا دعواهم أمام هذه المحكمة على أن الوفاة التي حدثت لمورثهم كانت أثناء عمله، وتنفيذاً لأمر المدير الذي أمره بفحص التوصيلات الكهربائية بعد أن اشتكى العمال من وجود عطب بالكهرباء، وأثناء تنفيذه لأوامر المدير بفحص التوصيلات تعرض لصعقة كهربائية أودت بحياته في الحال.

وأن السبب المباشر للوفاة هنا عدم وجود أجهزة الحماية الضرورية، مما يعد إهمالاً من جانب الفندق المدعى عليه، الأمر الذي يرتب مسؤوليته الكاملة عن وفاة الهالك. مؤيدين دعواهم بعقد عمل مؤرخ في ٧ / ١ / ١٩٨٩ بين الميت وإدارة الفندق، وتقرير لمدير إدارة الطب الوقائي يثبت وفاة مورث المدعين بسبب صعقة كهربائية، ومذكرة داخلية صادرة عن مدير التوزيع بدائرة الكهرباء والماء بالشارقة بتاريخ ٢١ / ١١ / ١٩٩٢ جاء فيها أن السبب في وقوع الحادث وجود تماس بين الخط الحي والساخن ونتيجة لذلك انتقلت الكهرباء إلى جميع المواسير داخل الحمامات، ولعدم وجود أجهزة حماية داخل السكن لم تفصل الكهرباء أثناء حدوث هذا التماس. وحكم إثبات وفاة وحصر ميراث صادر عن محكمة رأس الخيمة الشرعية بتاريخ ٩ / ١٢ / ١٩٩٢.

دفع المدعى عليه بأنه يقر بكون حادث الوفاة قد وقع أثناء عمل المتوفى وبسببه، ويقر بمسؤوليته طبقاً لقانون العمل، إلا أنه فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فإن المتوفى قد علم بوجود ماس كهربائي مع أنه ليس فنياً في الكهرباء، بدليل انتقاله إلى مكان الحادث لإصلاح ذلك العطب فأصيب بالصعقة التي تسببت في وفاته، وبالتالي فإن المدعى عليه لايعتبر مسؤولاً عن الحادث أو الضمان؛ لأن الوفاة نشأت عن سبب أجنبي لايد للمدعى عليه فيه، وأن هذا السبب هو الماس الكهربائي المفاجيء، وهو أمر يحدث عادة ولايعتبر بحد ذاته خطأ أو تقصيراً من المدعى عليه. ودفع بعد ذلك أيضاً بأن خطأ المضرور قد استغرق مالايقل عن ٩٥٪ من مسؤولية الحادث، وأن المدعى عليه لايتحمل سوى ٥٪ من تلك المسؤولية. وطالب المدعى عليه في لائحة إدخال المدعى

عليها الثانية وهي شركة عُمان للتأمين باعتبار أن الفندق مؤمن لدى تلك الشركة المدخلة تأميناً شاملاً على جميع منشآته ومبانيه وتجهيزاته، والأجهزة الكهربائية والتمديدات التي يحويها بمختلف أنواعها بما يحكم عليه من تعويضات، مع الرسوم والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة.

وقد دفعت المدعى عليها الثانية بأن المدعين أسسوا دعواهم على أساس المسؤولية المدنية طبقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية. وحاولت دحض طلبات المدعين مدعيةً بأن الخطأ المنسوب للفندق والمتمثل في عدم تركيب أجهزة الفصل التلقائي للتيار الكهربائي غير ثابت. وأن خطأ المضرور قد استغرق كامل مسؤولية الحادث؛ لأنه قد تجاوز صلاحياته كمسؤول عن الأنشطة الرياضية بقيامه بأعمال صيانة الكهرباء، وأن ذلك يعد خطأً جسيماً من جانبه، خاصة وأنه علم قبل توجهه إلى مكان الحادث بوجود ماس كهربائي. وفي حالة اقتناع المحكمة بتوافر أركان المسؤولية المدنية للمدعى عليه الأول فإن مبلغ الدية الشرعية كان لجبر الضرر الناجم عن وفاة مورث المدعين.

ومع تمسكها بدفوعها السابقة فإنها تدفع في مواجهة المدعى عليه الأول (الفندق) بأن اتفاقية التأمين المبرمة بينها وبين الفندق تُلزم الفندق المؤمن له باتخاذ كافة الاحتياطات المناسبة لمنع وقوع الحوادث، وإذا ثبت أي تقصير من الفندق المدعى عليه فإنه يكون هو وحده المسؤول عن التعويض دون أية مسؤولية على الشركة المدخلة وذلك لمخالفة المدعى عليه شروط وثيقة التأمين.

وحكمت المحكمة الابتدائية بأن الحادث حصل نتيجة لإهمال المدعى عليه الأول لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة ووسائل الأمان الضرورية لحماية أعوانه. ولايعتبر

كذلك مورث المدعيين لايعتبر بأي حال مسؤولاً عن الحادث؛ لأنه توجه إلى مكان الحادث بأمر من إدارة الفندق، وأنه بمجرد غلق حنفية الماء وقبل مباشرة الإصلاح أصيب بصعقة كهربائية تسببت في وفاته. وحيث ثبتت مسؤولية المدعى عليه التقصيرية، فقد حكمت عليه وعلى المدعى عليها الثانية، باعتبارها المؤمن لديها عن الأجهزة وتجهيزات الفندق ضد الحوادث، بأداء الدية الشرعية لورثة المتوفى والمصاريف والرسوم وذلك بالتضامن بين المدعى عليهم.

استأنف المدعون الحكم بالاستئناف رقم ١٦ / ٩٥ طالبين تعديل المبلغ المحكوم به ليشمل قيمة الضرر الأدبي بمبلغ مائة وخمسين ألف درهم إلى جانب الدية الشرعية ومقدارها مائة وخمسين ألف درهم، والتعويض الناتج عن عقد العمل بمبلغ خمسة وثلاثين ألف درهم وفقاً للمادة ٤٩ من قانون العمل. كما استأنفه المدعى عليه الأول بالاستئناف رقم ١٧٨ / ٩٥ طالباً فسخ الحكم المستأنف ورد دعوى المدعيين فيما يزيد عن خمسة عشر ألف درهم، وعلى سبيل الاحتياط الكلي فسخ الحكم المستأنف ورد دعوى المدعيين فيما يزيد عن أربعة وعشرين ألف درهم، وفي جميع الأحوال إلزام شركة التأمين بالرسوم والمصاريف والأتعاب. واستأنفته المدعى عليها المدخلة(شركة التأمين) بالاستئناف رقم ١٦٨ / ٩٥ مطالبة في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، وبرفض دعوى المستأنف ضدهم الأول الورثة، واحتياطياً برفض دعوى المستأنف ضدهم الأول (الورثة) فيما جاوز مبلغ ستة وثلاثين ألف درهم وفقاً للمادة ١٤٩ من

قانون العمل الاتحادي[1] ، مع سقوط حق المستأنفة في الرجوع على الفندق المستأنف ضده الثاني بما تدفعه إلى المستأنف ضدهم الأول، وأسست استئنافها على ذات الأسباب التي ذكرتها في دفوعها أمام محكمة أول درجة.

أقرت محكمة الاستئناف مطالبة الورثة بالدية الشرعية وفق ما قضى به الحكم المستأنف.

أما بخصوص المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية للورثة، فإنها رفضت إجابتهم لمطالبتهم بها؛ بناءً على أن أحكام المحكمة الاتحادية العليا، التي تلتزم بها جميع المحاكم الاتحادية ومنها هذه المحكمة قد استقرت على أنه لايجوز الجميع بين الدية والتعويض عن الأضرار الأدبية للورثة، على أساس أن في القضاء لهم بالدية، وهي ترضية للورثة، مايجبر هذه الأضرار، وإن كان يجوز الجمع بين الدية والأضرار المادية الأخرى التي لاتنظمها الدية، ولامخالفة في ذلك لنص المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية.

وكذلك رفضت الحكم لهم بالتعويض المقرر في قانون العمل قولاً بأنه " ولئن كان من المقرر أن أحكام القانون لاتحول دون الحكم للعامل المضرور بتعويض أكبر مما هو محدد بقانون العمل، إلا أن ذلك مشروط بألا يجمع المضرور تعويضين عن ذات الضرر. وعلى ذلك فإنه لايجوز الحكم للورثة بأي تعويض آخر طبقاً لقانون العمل

---

(١) فقد نصت المادة ١٤٩ من قانون العمل على الآتي " إذا أدت أصابة العمل أو المرض المهني إلى وفاة العامل استحق أفراد عائلته تعويضاً مساوياً لأجر العامل الأساسي عن فترة مقدارها أربعة وعشرين شهراً على أن لاتقل قيمة التعويض عن ثمانية عشر ألف درهم وأن لاتزيد على خمسة وثلاثين ألف درهم وتحسب قيمة التعويض على أساس آخر أجر كان يتقاضاه العامل قبل وفاته ويوزع التعويض على المستحقين عن العامل المتوفى وفق أحكام الجدول الملحق بهذا القانون".

حسب المادة ١٤٩ منه، وإلا كان في ذلك جمعاً بين تعويضين عن ضرر واحد وهو مالايجوز شرعاً وقانوناً. علاوة على أن شروط تطبيق المادة ١٤٩ من قانون العمل بالنسبة للورثة المدعين في واقعة حال هذه الدعوى غير متوافرة، فأفراد عائلة المتوفى المذكورين في إعلان الورثة هم الإخوة والوالدة، وإذا صرح نص المادة ١٤٩ عمل بأنه إذا أدت إصابة العمل إلى وفاة العامل استحق أفراد عائلته تعويضات. كما نصت على أنه يُقصد بعائلة المتوفى من كانوا يعتمدون في معيشتهم اعتماداً كلياً أو بصورة رئيسية على دخل العامل المتوفى حين وفاته وهو مالم يثبت في هذه الدعوى بأي دليل".

وقضت في الاستئناف رقم ١٧٨ لسنة ١٩٩٥ المرفوع من المدعى عليه الأول (الفندق) بأن مسؤولية الأخير وخطأه المتسبب في الوفاة ثابتاً، حيث أن المتوفى كان يعمل لدى الفندق، و موته أثناء العمل وبسببه. وقد أثبتت التحقيقات التي أجرتها النيابة وكذلك تقارير إدار الكهرباء ومسؤول الصيانة بالفندق، أن خطوط الكهرباء لم يتم فحصها وصيانتها منذ سبع سنوات، والتي من الواجب أن يتم الفحص الدوري عليها، ولم تزود كذلك بأجهزة حماية داخل السكن لفصل التيار حال حدوث ماس كهربائي (خاصة أن المادة ٩١ من قانون العمل الاتحادي تلزم بتوفير وسائل الوقاية المناسبة لحماية العمال من أخطار الإصابات والأمراض المهنية التي تحدث أثناء العمل). وأن موت المورث كان بسبب إصابته بالماس الكهربائي، مما يحقق مسؤولية الفندق عن وفاة مورث المدعين. وكذلك فإن مسؤولية الفندق المقررة بالمادة ٣١٦ معاملات مدنية تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، ومن ثم فإن هذه المسؤولية وعلى ماجرى به قضاء النقض لاتدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما، فلا

ترتفع مسؤوليته إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه، وهذا السبب لايكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور نفسه أو خطأ الغير.

هذا إلى جانب ما استقرت عليه أحكام النقض من أن ثمة فروق تميز الدية عن التعويض، فالغاية من الدية هي ترضية ورثة المتوفى (المجني عليه)، يستوي في ذلك توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية كما هي معروفة في القانون أو عدم توافرها. ومقدارها محدد لايخضع لتقدير القاضي، وتستحق للورثة دون حاجة لإثبات الضرر الواقع عليهم، وتوزع بينهم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتستوفى من مال الجاني أو عائلته.

وبالتالي فإن استئناف الفندق سواء لطلب تطبيق قانون العمل أو الادعاء بعدم مسؤوليته يكون على غير أساس، وخليق بالرفض لهذه الأسباب.

وكذلك الحال بالنسبة لاستئناف شركة التأمين رقم ١٦٨ / ٩٥، فما ذكر سلفاً فيه الرد على هذا الاستئناف؛ باعتبار أن شركة التأمين مسؤولة بالتضامن عما يحكم به على الفندق المؤمن له إعمالاً للمواد ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٣٤، ١٠٣٥ من قانون المعاملات المدنية.

طعنت المدعى عليها (الثانية) والمستأنفة في الاستئناف رقم ١٦٨ / ٩٥ في حكم الاستئناف أمام المحكمة الاتحادية العليا بالطعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ ق ع نقض مدني، والذي صدر به حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسة ٨ / ١٠ / ١٩٩٦م.

وقد دفع المطعون ضدهم الأول (الورثة) بعدم قبول الطعن شكلاً لتقديمه في

٢٤ / ٢ / ١٩٩٦ ، في حين أن الحكم المطعون فيه صدر حضورياً في حق الطاعنة في ٢٥ / ١١ / ١٩٩٥ ، فيكون بذلك متجاوزاً ميعاد الطعن القانوني.

وقد ردت المحكمة الاتحادية العليا بأن هذا الدفع مردود بما جرى به قضاء هذه المحكمة أن ميعاد الطعن المحدد بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية إنما يبدأ من تاريخ اليوم التالي لإعلان الحكم أو من العلم اليقيني به دون ما اعتداد بوصف ا لحكم المطعون به، حضورياً كان أو معتبراً بمثابة ذلك. وأن المقصود بالعلم اليقيني بالحكم هو ذلك الذي لايتأتى إلا بعلم الطاعن به منطوقاً وأسباباً، حتى يكون على بينة بما يكون قد لحق هذه الأسباب من عوار يرى أنه يصلح هدفاً لأسباب طعنه. وإذا لم يقم دليل على أن الطاعنة قد أعلنت بالحكم كاملاً قبل انقضاء الميعاد المحدد بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية أو أنها علمت به منطوقاً وأسباباً بأي طريق آخر فإن الدفع يغدو حرياً برفضه.

وقد نعت الطاعنة على حكم الاستئناف بثلاثة أسباب :

أولها : أن حكم الاستئناف نفى الخطأ من جانب المتوفى مورث المطعون ضدهم الأول باعتبار أنه أقدم على الإصلاح وهو يعلم بالتماس الكهربائي. وردت عليه المحكمة الاتحادية العليا بأنه نعي غير سديد؛ ذلك لأن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وتوافر علاقة السببية بينه وبين الضرر من سلطة محكمة الموضوع طالما قام حكمها بذلك على أسباب سائغة تكفي لحمله ....

أما السبب الثاني من أسباب الطعن، فيقوم على تخطئة الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون، وذلك بإعماله أحكام المسؤولية المدنية وقضائه بالدية، حيث إن القانون

الواجب التطبيق هو قانون العمل، وهو قانون خاص لايتجاوز التعويض المستحق بموجبه خمسة وثلاثين ألف درهم.

وقد ردت المحكمة الاتحادية العليا بعدم سداد هذا النعي، إذ ماجرى به قضاء هذه المحكمة أنه في مجال العلاقة بين العامل وصاحب العمل بشأن التعويض وإصابة العمل يجوز الالتجاء إلى أحكام المسؤولية المدنية الواردة في القواعد العامة إذا كانت الإصابة قد نشأت من خطأ من جانب صاحب العمل يرتب مسؤوليته الذاتية كما هو الحال بالنسبة لهذه القضية.

أما السبب الثالث من أسباب الطعن على حكم الاستئناف، فهو الخطأ في القانون بمساءلة الطاعنة بالتضامن مع الفندق عن التعويض حال أن الفندق هو المسؤول وحده لمخالفته شروط وثيقة التأمين بارتكابه ما أشار إليه الحكم من أخطاء الإهمال في أعمال الصيانة الدورية وعدم تركيب أجهزة الحماية بالمخالفة.

وقد ردت المحكمة الاتحادية العليا هذا النعي على الحكم بأن ذلك خاص بالعلاقة فيما بين الطاعنة والمطعون ضده الثاني في شأن العلاقة التعاقدية بينهما دون مأأثر لذلك على حقوق المدعية قبلها طالما لاتماري في أن إصابة الحادث يغطيها التأمين.

وينحصر تعليقنا فيما أوردناه من هذه الأحكام - حكم محكمة الدرجة الأولى وحكم محكمة الاستئناف وحكم المحكمة الاتحادية العليا -في عدة نقاط: أولها: هو ماإذا كان سبب الضرر يوجد في جانب المدعى عليه أو في جانب المضرور، وثانيها: هو ماإذا كان يجوز الجمع بين التعويض المتسحق وفقاً لقانون العمل وبين الدية، وثالثها: هو ماإذا كان يجوز الجمع بين الدية وبين التعويض عن الأضرار الأدبية، ورابعها: رفض

المحكمة الاتحادية العليا الدفع الشكلي الذي أبداه ورثة المطعون ضدهم الأول.

أولاً : سبب الضرر
بين سلوك المدعى عليه وسلوك الغير

١- تكييف مسؤولية (الفندق) على أساس مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة:

بالنسبة للمسؤولية عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة فقد نصت المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية على أن : " كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، أو آلات ميكانيكية، يكون ضامناً لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، إلا ما لايمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة". فالمشرع هنا في تحديده لمفهوم الأشياء التي تكون محل الحراسة أخرجها من الغموض بإضفائه قدراً من الوضوح على ماهيتها، حيث نص على أنها تشمل الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، والآلات الميكانيكية. فأقام رباطاً بين الشيء وحراسته بحيث شمل النص الشيء الذي يحتاج لعناية خاصة في حراسته [١].

والشيء الذي تقتضي حراسته عناية خاصة، إما أن يكون كذلك بالنظر إلى طبيعته كالآلات الميكانيكية والأسلاك الكهربائية والأدوات في حالة وصول التيار الكهربائي لها، والأسلحة بجميع أنواعها والمواد الكيماوية الكاوية والحارقة والسامة والمحدثة للضرر بشكل عام. أو أنه يعتبر كذلك إن كان خطراً بناء على الظروف التي يوجد فيها، كما هو الأمر في الشجرة التي اقتلعتها الريح ورمت بها في وسط الطريق، أو

(١) د. حسام الأهواني، مصادر الالتزام ، المصادر غير الإرادية، سنة ٨٩/ ١٩٩٠، رقم ٢١٢، ص١٨٢.

الطريق الذي تساقطت فيه الحجارة من الجبل، أو اجتياح المياه للطريق مكونة فيضاناً سياراً [1].

وقد أقام البعض المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء افتراضاً لايقبل إثبات العكس، ولايدرأ عنه هذه المسؤولية إثباته أنه لم يرتكب خطأ ما، وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشيء الذي في حراسته. ولاترتفع عنه المسؤولية، إلا إذا ثبت أن دفوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه، وهذا السبب لايكون إلا لقوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير [2].

وذهب فريق آخر إلى تأسيس المسؤولية على فكرة تحمل التبعة (المخاطر) سواء كانت المخاطر المربحة أو المخاطر المنشئة. فبناء على أن الحارس أو المالك يستخدم الشيء لمنفعته وربحه، فعليه يقع إذن تحمل مايحدثه هذا الشيء من أضرار للغير [3].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بصدد المادة ٣١٦ : " واستناداً إلى أن مايحدث من

(١) انظر د. مصطفى الجمال، تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الرابعة، العدد الأول، شعبان ١٤١٦هـ يناير ١٩٩٦م، ص ٢٠٠، ود. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص١٩٠. د. السنهوري والفقي ، الوسيط، ج١، الطبعة الثانية، رقم٧٣١، ص١٥٣٧.

(٢) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٢٠٠. د. حسام الأهواني، المرجع السابق، رقم ٢٤٥. د. السنهوري، المرجع السابق، رقم ٧٠٥ ومابعده، ورقم ٧٣٢ ومابعده. د. سليمان مرقس، دروس في المسؤولية المدنية لطلبة الدكتوراه، ١٩٥٥، رقم ٤٩٧. كذلك كتابه الفعل الضار ١٩٥٦، ص١٩٨ ومابعدها، الطبعة الثامنة، ١٩٥٦. د. عبدالخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مصادر الالتزام ١٩٨٨، صفحة ٣٤٧ ومابعدها.

(٣) انظر عرضاً لهذه النظرية لدى د. رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية المتبوع عن تابعه، رقم ٨٨ ومابعده، وص١٦٢ ومابعدها. د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٢٠٠.

هذه الأشياء والآلات من ضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه فضلاً عن قاعدة " الغرم بالغنم" ونحوها، صيغت هذه المادة، دون الالتجاء إلى فكرة الخطأ المفروض التي بنى عليها القانون المدني المصري والسوري المسؤولية في هذه الحالة"(١) .

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، ص٣٢٠. وهذا الأساس يجعل الحكم مقصوراً على الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة ... أما غيرها فيسهل للمسيطرين عليها الوقاية من ضررها وإلا كانوا متسببين في إلحاق الضرر بأنفسهم .

والتعبير بـ" كل من كان تحت تصرفه أشياء... " قصد به من له السيطرة الفعلية على الشيء سواء أكان مالكاً أم غير مالك كمستأجر للآلات مثلاً. وقد عبر القانون المدني المصري والسوري عن هذا المعنى بعبارة " كل من تولى حراسة أشياء " قاصداً بالحراسة نفس المعنى وهو السيطرة الفعلية على الشيء. واستعمل المشرع العراقي للتعبير عن ذات المعنى عبارة " كل من كان تحت تصرفه ... ". وقد آثر المشرع الإماراتي استعمال عبارة القانون المدني العراقي وعدم استعمال عبارة القانون المدني المصري والسوري توقياً لما تثيره هذه من لبس .

المذكرة الإيضاحية، ص٣٢٠-٣٢١، ونص المادة ٢٣١ مدني عراقي الذي أشارت إليه المذكرة الإيضاحية : " كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة". وفي شرح هذا النص يقول الأستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم: "يشترط لتقرر المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها الشرطان التاليان :

١- أن تكون الآلة أو الشيء تحت تصرف شخص .

٢- أن يقع الضرر بفعل الآلة".

وفي تحديد المسؤولية أو التخلص منها يقول: "تقوم المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها في القانون الفرنسي على أساس من الخطأ المفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس. وقد أخذ القانون المدني العراقي هذا النوع من المسؤولية عن القانون الفرنسي فلا أصل لها في الفقه الإسلامي، فلم تكن الآلة قد استعملت ليضع لها الفقهاء المسلمون الأحكام الخاصة بها، وإذا أردنا البقاء في نطاق التعبير الفقهي الإسلامي قلنا إن أساس المسؤولية هنا هو التقصير والتعدي، فيستطيع من كان الشيء تحت تصرفه أن يثبت أنه لم يكن متعدياً ولامقصراً في المحافظة على الشيء، وأنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر. ويستطيع التخلص من المسؤولية أيضاً بإثبات السبب الأجنبي. فهو إذا كان يستعمل حقه استعمالاً جائزاً وكان الضرر لايمكن التحرز منه فلا ضمان عليه فالجواز الشرعي ينافي الضمان". الموجز في شرح القانون=

وإذا كانت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الإماراتي قد أشارت بأن مضمون نص المادة قد استقى من مؤلف الضمان للأستاذ على الخفيف [١]، فإن الأستاذ علي الخفيف يقول: التفرقة بين المسؤولية الناشئة عن وضع الآلة ووضع الحيوان: " ولكن الحكم في الحيوان ومابنشأ عن فعله يختلف عن ذلك بسبب اختلاف الوضعين وضع الآلة ووضع الحيوان، فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها فكان مايحدث عنها من ضرر من قبيل الضرر المباشر والمباشرة لايشترط فيها التعدي.. " [٢].

فإذا كان الإضرار بالغير يُلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان غير مميز (مادة ٢٨٢ معاملات مدنية)، والإضرار هنا بالمباشرة، فإن فاعله يلزم بالضمان دون شرط له (المادة ٢٨٣ معاملات مدنية).

وبعد هذا العرض الموجز لأساس المسؤولية عن الأشياء الخطيرة في الفقه، فما هو الحكم الذي أخذ به قانون المعاملات المدنية؟

تنص المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية على أن يتحمل حارس هذه الأشياء ضمان ماتحدثه من ضرر لايمكن التحرز عنه.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية بصدر المادة ٣١٦: واستناداً إلى أن مايحدث من

= المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، عبدالمجيد الحكيم، الطبعة الخامسة، رقم ٩٩١ ومابعدها وصفحة ٦٠٦ ومابعدها.

(١) انظر المذكرة الإيضاحية، ص٣٢٠.

(٢) الضمان في الفقه الإسلامي، محاضرات ألقيت على طلبة قسم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، سنة ١٩٧١، ص٢٤١. وانظر كذلك الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٩٨٤، ص١٧١-١٧٣. وكذلك د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الأولى،١٩٨٣، ص١٨٦-١٨٧.

هذه الأشياء والآلات من ضرر يُضاف إلى من هي تحت تصرفه.." .

فإذا كان الإضرار بالغير يُلزم فاعله بضمان الضرر (مادة ٢٨٢ معاملات مدنية)، فإن الإضرار بالمباشرة يُلزم فاعله بالضمان دون شرط له (المادة ٢٨٣ معاملات مدنية).

وبالرجوع للمادة ٣١٦ تجد المشرع الإماراتي لم يستعمل اصطلاح "المسؤولية" في خصوص الضرر الحادث من الأشياء، وإنما قرر الضمان وهو الاصطلاح في الفقه الإسلامي، وذلك برغم أن المادة ٣١٦ جاءت ضمن نصوص الفرع الرابع من الفصل الثالث من الكتاب الأول الذي يحمل عنوان "المسؤولية عن الحيوان والأشياء واستعمال الطريق العام" ولعل المشرع الإماراتي قد قصد بذلك إلى جانب مسلكه في الأخذ بلغة الفقه الإسلامي، أن يظهر أن الالتزام بتعويض الضرر يقوم هنا بغير حاجة إلى ثبوت الخطأ على من يكون الشيء تحت تصرفه[1].

وقد يثير اللبس حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن الأضرار التي تُحدثها الأشياء، إن المشرع الإماراتي لم يستعمل اصطلاح "السبب الأجنبي" للدلالة على الأمر الذي تندفع به المسؤولية عن الأضرار الحادثة من الأشياء، وإنما استعمل بدلاً منه عبارة "مالايمكن التحرز منه".

فهل أساس المسؤولية هنا افتراض الخطأ فيمن يكون له التصرف في الشيء فرضاً لايقبل إثبات العكس أي بقرينة قاطعة، أم هو افتراض الخطأ فيه فرضاً يقبل إثبات

---

(١) د. عبدالفتاح عبد الباقي، مجلة الأمن والقانون، تصدرها كلية شرطة دبي، السنة الرابعة- العدد الثاني، ربيع الأول١٤١٧هـ يوليو ١٩٩٦م، بحث المسؤولية عن الأضرار التي تُحدثها الأشياء، ص٣٧٦.

العكس بإقامته الدليل على أنه لم يُخطىء اعتباراً بأن الضرر الذي وقع هو مالايمكن التحرز منه[1].

ومما يؤكد اللبس أن قانون المعاملات المدنية ينص في المادة ٢٨٧ منه على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لايد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير و فعل المتضرر كان غير مُلزم بالضمان مالم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

فوفقاً لهذا النص فإن السبب الأجنبي أمرٌ يندفع به الضمان، وإذا كانت المادة ٣١٦ لم تستعمل في خصوص ضمان الضرر الذي تُحدثه الأشياء، اصطلاح "السبب الأجنبي" واستعملت بدلاً عنه عبارة "مالايمكن التحرز عنه" فإن الترجيح لما أوردنا سابقاً من آراء الفقه الإسلامي وبغض النظر عما جاء في المذكرة الإيضاحية فإننا نرجح القول بأن الضمان بناء على التعدي المقدر في هذه الأحوال (أي المفترض) وأن وقوع الضرر هو القرينة على التقصير في الحفظ، والاحتياط المطلوب في الاستعمال، ويُقام الضرر مقام التعدي، كما يُقام المسبب مقام السبب[2].

ويُسجل الأستاذ الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي في تأكيد هذا الاتجاه قولاً مهماً: «نحن نميل إلى القول بأن المشرع الإماراتي لم يرد بما سبق أن يخالف مع القانون المصري الذي نقل عنه نص المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية، وأنه لم يقصد بعبارة "مالايمكن التحرز منه" التي أوردها فيه، إلا السبب الأجنبي بمدلوله في القانون المصري

(١) د. عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص٢٧٦.

(٢) د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٣، ص١٨٦-١٨٧.

والفرنسي، والذي أخذ هو نفسه به في المادة ٣٨٧ ذلك لأن السبب الأجنبي بكونه بحسب ذات طبيعته، أمراً استثنائياً لايقع عادة، وبكونه أمراً غير متوقع الحصول، ولايمكن للشخص العادي أن يمنعه أو أن يدرأ نتائجه، فهو بذلك كله يتمثل أمراً مما لايمكن التحرز منه. فكأن عبارة "مالايمكن التحرزمنه"، لاتعدو أن تكون مرادفه لاصطلاح "السبب الأجنبي". وبذلك تكون المسؤولية عن الأضرار التي تُحدثها الأشياء في ظل قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وبعبارة أدق ضمان تلك الأضرار قائمة على نفس الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية في القانون المصري والفرنسي... وبذلك تكون المسؤولية عن الأضرار الحادثة بفعل الأشياء الخطرة، في ظل قانون المعاملات المدنية الإماراتي شأنه في ذلك شأن القانونين المصري والفرنسي، هي مسؤولية موضوعية تقوم على الشخص لمجرد أن الشيء الذي أحدث الضرر كان عند إحداثه تحت تصرفه، بمعنى أن كان له عليه السيطرة الفعلية أو قوة الأمر التي تمكنه من رقابته وإدارته وتوجيهه والإشراف عليه، دون لزوم بعد ذلك لما إذا كان قد أخطأ حقيقة أم أنه لم يخطيء.. "[1].

وقد كيفت محكمة الاستئناف في هذا الحكم مسؤولية الفندق على أساس المادة ٣١٦ حيث قررت: " وإن مسؤولية الفندق المقررة بالمادة ٣١٦ معاملات مدنية تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، ومن ثم فإن هذه المسؤولية وعلى ماجرى به قضاء النقض لاتدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما، وأنه قام

---

(١) د.عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص٢٧٧. وذكر د.محمد فوزي فيض الله، بأن المسؤول عن الأشياء الخطرة ضامن لما تُحدثه من تلف وضرر مالم يثبت أن الضرر الذي وقع كان بسبب أجنبي عنه لادخل له فيه، أو بخطأ المصاب نفسه أو اعتداء غيره، المرجع السابق، ص١٨٧.

بماينبغي من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشيء الذي في حراسته، وإنما ترتفع فقط في حالة إذا أثبت الحارس (المسؤول) أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه، وهذا السبب لايكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير".

وقد ذهبت المحكمة الاتحادية العليا في أحكام لها مذهباً غير سديد في فهم نص المادة ٣١٦ معاملات مدنية، حيث رأت بأنه لقيام مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يستلزم ترتب الضرر على خطأ من الحارس وقيام المضرور بإثبات هذا الخطأ. فقد قضت في حكم لها بأنه: " إذا لم يمكن الجزم بمعرفة سبب الماس الكهربائي الذي أحدث الحريق مما مؤداه عدم معرفة مدى إمكانية التحرز منه، ومن ثم فإن أسباب إلزام الطاعنة بضمان أضرار الحريق تكون غير متوافرة"[1].

وقد انتقد أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال هذا الحكم من أوجه:

الوجه الأول : أن هذا القضاء يخالف منطوق نص المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية الذي ضمن - وفقاً لصريح النص- الحارس لما تحدثه الأشياء والآلات من ضرر إلا مالا يمكن التحرز منه.

والذي يعني أن الأصل هو قيام الضمان في جانب الحارس مالم يثبت أن الضرر مما لايمكن التحرز منه، وأن المشرع قد وضع قرينة على مسؤولية الحارس عن الضرر.

الوجه الثاني : هو أن استلزام الخطأ الواجب الإثبات لقيام مسؤولية الحارس يجعل نص المادة ٣١٦ لغواً لافائدة منه، إذ لو كان الأمر كذلك لاكتفى المشرع بالنصوص التي

(١) الطعن رقم ١٦٩ مدني لسنة ١١ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٤، غير منشور. والطعن رقم ٢٤٩ لسنة ١١ ق مدني جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٤ غير منشور.

تقرر المسؤولية عن الفعل الشخصي ولما كانت به حاجة لوضع تنظيم خاص بالمسؤولية عن فعل الأشياء التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها.

الوجه الثالث : هو أن افتراض الخطأ في جانب حارس الشيء الذي يتطلب الوقاية من ضرره عناية خاصة لايتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الفقه الإسلامي قد استخدم هذه الوسيلة كلما وجد حاجة لها، على نحو مانعرفه مثلاً في تضمين الصناع خلافاً للأصل العام الذي يحكم هذه المسألة. وليس في نفي الضمان عن الحارس كلما كان الضرر مما لايمكن التحرز منه ما يناقض الالتجاء إلى افتراض الخطأ، خاصة وأن الفقه الإسلامي لايستخدم هذا التعبير في مقام بيان مايرتب مسؤولية المرء عن أفعاله، وإنما في مقام مايسأل عنه المرء من الأضرار الناجمة عن هذه الأفعال[1].

أما محكمة تمييز دبي فقد ذهبت في حكم حديث لها إلى تطبيق حكم النص استهداءً بما جاء في المذكرة الإيضاحية في خصوصه، إذ قررت في حكمها: " إن مسؤولية الشخص عما تحدثه الأشياء المبينة بنص المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية من ضرر متى كان له السيطرة الفعلية عليها، إنما تقوم -وعلى ماجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون- على أساس أن كل مايحدث عن هذه الأشياء من ضرر هو من قبيل الضرر المباشر، وهذه المباشرة لايشترط فيها التعدي، والضرر يضاف إلى من هي تحت تصرفه، ويكون ضامناً له تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم، وليس تطبيقاً لفكرة الخطأ المفروض، ولايمكن للمسؤول أن يدرأ مسؤوليته عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء إلا

(١) د. مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ص٥٨٨-٥٨٩ هامش١. كذلك بحثه تقييم مواقف الفقه والقضاء من أحكام المسؤولية التقصيرية في قانون المعاملات المدنية ، منشور في مجلة الأمن والقانون تصدرها كلية شرطة دبي، السنة ٤، العدد١ يناير ١٩٩٦، ص١٩٨-٢٠٢.

بنفي رابطة السببية بين الشيء والضرر بإثبات السبب الأجنبي الذي لايمكن التحرز منه، وأنه ولئن كان ثبوت خطأ الغير باعتباره سبباً أجنبياً تنتفي به علاقة السببية بين تدخل الشيء والحادث الذي نتج عنه إلا أن الإعفاء من المسؤولية مشروط بأن يكون خطأ الغير مما لايمكن الاحتياط منه بحسب الظروف والملابسات التي أحاطت بالحادث ويقع على المسؤول عبء إثبات ذلك ولايكفيه نفي الخطأ في جانبه" [1].

وهذا حكم -فيما نرى- منتقد أيضاً لأكثر من سبب:

أ- أنه يخلط بين فكرة الغرم بالغنم (تحمل التبعة) وفكرة الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل العكس، إذ لو كان صحيحاً أن مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة تطبيقاً -كما ذهبت محكمة التمييز- لقاعدة الغرم بالغنم -أي نظرية تحمل التبعة أو المخاطر- لما جاز للحارس أن ينفي مسؤوليته بمجرد تحقق الضرر بأي وجه من الوجوه ولو كان السبب الأجنبي. فنظرية تحمل التبعة تقوم -في جوهرها- على تحمل من يستفيد من نشاط معين، عليه أن يتحمل تبعة أو مخاطر هذا النشاط أياً كان سبب وقوع هذه المخاطر. ولعل أوضح مثال على ذلك هو حصول العامل على تعويض -قدرته المادة ١٤٩ من قانون العمل الاتحادي- نتيجة إصابته بمرض مهني، ورغم ذلك، ذهبت محكمة التمييز -رغم إقامتها لمسؤولية الحارس- على أساس فكرة الغرم بالغنم- إلى جواز درء مسؤولية الحارس بإثبات السبب الأجنبي، وهو مالايستقيم مع فكرة

---

(١) محكمة تمييز دبي، الطعنان رقما ٨٦و٨٩ لسنة ١٩٩٣ حقوق جلسة السبت ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٩٣ منشور بمجلة القضاء والتشريع، المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، العدد الرابع يونيو ١٩٩٦، رقم ١٣٥، ص٧٨٧- ٧٩٤.

تحمل التبعة ذاتها.

ب- أن الحكم قد توصل إلى ذات النتيجة التي تترتب فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل إثبات العكس، إذا لايجوز للمدعى عليه -تأسيساً على فكرة الخطأ المفترض- أن يدرأ المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي، وإذا كان الأمر كذلك، فلماذا استعانت محكمة التمييز بفكرة الغرم بالغنم طالما أنها انتهت إلى ذات النتيجة التي تترتب على الأخذ بفكرة الخطأ المفترض؟

ج- أن الحكم قد استند -فيما توصل إليه- إلى أن كل مايحدث من أضرار عن الأشياء التي تتطلب عناية خاصة هي من قبيل الاضرار المباشرة، وهي مباشرة لايشترط فيها -كما يرى الحكم- التعدي، ومن ثم يُضاف الضرر إلى من هي تحت تصرفه، ويكون ضامناً له تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم.

والحقيقة -في اعتقادنا- أن هذا الافتراض غير صحيح. ومرد ذلك أن الحكم قد استند -فيما ذهب إليه- إلى نص المادة ٢٨٣ / ٢ معاملات مدنية التي تنص على أنه : «فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولاشرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي.. » وهو نص يوحي ظاهره بأن المباشر على خلاف المتسبب، يضمن الضرر ولو لم يرتكب خطأ. وهو ما أخذ به حكم محكمة التمييز المشار إليه. لكن هذا «الظاهر» غير دقيق، إذ لو صح هذا التفسير لكان معنى ذلك أن المدعى عليه يكون مسؤولاً عن الضمان بمجرد تحقق الضرر دون اشتراط عنصر الخطأ تأسيساً على فكرة تحمل التبعة، وهو

تفسير لم يقل به أحد، ونعتقد أن المشرع لم يقصده، والواقع أن الأمر لايعدو أن يكون سوء صياغة لنص المادة ٢٨٣ السابق الإشارة إليه. حيث يبقى الخطأ -بوجه عام- شرط ضرورة لتحقق المسؤولية، وكل مافي الأمر أن الخطأ يكون مفترضاً افتراضاً يقبل إثبات العكس إذا وقع الضرر بالمباشرة، بينما يكون الخطأ واجب الإثبات إذا وقع الضرر بالتسبب.

والحقيقة في اعتقادنا أن أساس مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة هو الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل إثبات العكس، ونستند في ذلك على مايلي:

١- أن عبارة نص المادة ٣١٦ معاملات مدنية السابق الإشارة إليه توحي بذلك رغم إقرارنا بأن هذا النص لم يوضع -أصلاً- لحل مسألة أساس المسؤولية . فالنص يقرر مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة عما تُحدثه من ضرر إلا مالايمكن التحرز منه.
والأضرار التي لايمكن التحرز منها هي التي تحدث بفعل قوة قاهرة أو حادث مفاجىء، أي تلك التي تحدث بسبب أجنبي لايد للمدعى عليه فيه، وطالما أن المدعى عليه لايستطيع درء مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإن معنى ذلك -بالضرورة- أنه لايستطيع دفع مسؤوليته بإثبات أنه لم يرتكب خطأ، الأمر الذي يعني أن خطأ الحارس مفترض افتراضاً لايقبل إثبات العكس.

٢- إن اشتراط إثبات خطأ في جانب حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة يعني أنه لافائدة من النص على هذا النوع من المسؤولية بصفة خاصة. إذ لو

استطاع المدعي إثبات خطأ المدعي عليه (الحارس) لاستطاع الرجوع عليه بالضمان إعمالاً لقواعد المسؤولية عن الخطأ الشخصي دون حاجة للرجوع لقواعد المسؤولية عن الأشياء.

وقد أخذت محكمة الاستئناف بهذا التحليل الصحيح، وانتهت إلى أن: « مسؤولية الفندق المقررة بالمادة ٣١٦ معاملات مدنية تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء، ومن ثم فإن هذه المسؤولية -وعلى ماجرى به قضاء النقض- لاتدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما، وأنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لايقع الضرر من الشيء الذي في حراسته، وإنما ترتفع فقط في حالة إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه، وهذا السبب لايكون قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير».

٢- مدى اعتبار خطأ المضرور سبباً أجنبياً:

انتهينا -فيما سبق- إلى أن أساس مسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب عناية خاصة هو الخطأ المفترض افتراضاً لايقبل إثبات العكس، ويترتب على ذلك أن الحارس لايستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور. فهل يعتبر سلوك المضرور -في هذا الصدد- خطأ يعفي الحارس من المسؤولية، أو على الأقل يخفف مسؤوليته؟

ويلاحظ أن المدعى عليه قد دفع أمام محكمة أول درجة بأن المتوفى (المدعى) كان يعلم بوجود ماس كهربائي مع أنه ليس فنياً في الكهرباء، وانتقل -رغم ذلك- إلى مكان الحادث محاولاً إصلاح العطب فأصيب بصعقة تسببت في وفاته. ويترتب على

ذلك أن المدعى عليه لايكون مسؤولاً عن الضمان لأن الوفاة (الضرر) قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه، الأمر الذي يترتب عليه -في نظر المدعى عليه- أن خطأ المضرور قد استغرق خطأ المدعى عليه بنسبة لاتقل عن ٩٥٪ ومن ثم لايتحمل المدعي سوى ٥٪ فقط من المسؤولية، ويتمثل خطأ المضرور -كما يقول المدعى عليه- في تجاوز صلاحياته كمسؤول عن الأنشطة الرياضية، وقيامه بأعمال صيانة الكهرباء، خصوصاً وأنه كان يعلم -قبل توجهه إلى مكان الحادث- بوجود ماس كهربائي.

لاريب في أن الأصل هو أن فعل المضرور قد يكون هو السبب الوحيد الذي تسبب في الضرر، وقد يشترك في إحداثه مع فعل المدعى عليه. فإذا كان هو السبب الوحيد المنتج للضرر انتفت مسؤولية المدعى عليه كليةً. ويتحقق ذلك بصفة أساسية إذا كان فعل المضرور عمدياً كمن يلقي بنفسه أمام سيارة فيموت، أو كان فعل المدعي عليه نتيجة لفعل المضرور. أما إذا كان فعل المضرور قد اشترك مع فعل المدعى عليه في إحداث الضرر، فإن المدعى عليه يكون مسؤولاً بالقدر الذي يتناسب مع مساهمته في إحداث الضرر. وقد نصت المادة ٢٩٠ معاملات مدنية في هذا الصدد على أنه: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار الضمان، أو لايحكم بضمان ما، إذا كان المتضرر قد اشترك بفعله في إحداث الضرر أو زاد فيه».

والواقع أن هذا الدفع غير سديد، ولم يصادف محله. المدعي لم يرتكب أي خطأ حتى يقال أن خطأه قد استغرق خطأ المدعى عليه، حيث أثبتت التحقيقات -كما أشارت محكمة الاستئناف- أن خطوط الكهرباء لم يتم فحصها منذ سبع سنوات رغم وجوب فحصها بصفة دورية، كما أنها لم تزود بأجهزة حماية لفصل التيار حال

حدوث ماس كهربائي، خصوصاً وأن المادة ٩١ من قانون العمل الاتحادي تلزم رب العلم بتوفير وسائل الوقاية المناسبة لحماية العمال من أخطار الإصابات التي تحدث أثناء العمل. كما أن العامل كان قد توجه -من ناحية أخرى- إلى مكان الحادث بأمر من إدارة الفندق، وأنه أصيب بصعقة كهربائية تسببت في وفاته بمجرد غلق صنبور المياه وقبل مباشرة الإصلاح.

ثانياً: الجمع بين التعويض المستحق وفقاً لقانون العمل، وبين الدية

سمو أحكام الدية على أحكام قانون العمل: دفع المدعى عليهم (الفندق وشركة التأمين) بوجوب تطبيق قواعد قانون العمل في العلاقة بين العامل أو ورثته وصاحب العمل باعتبارها قواعد آمرة من النظام العام، إلا أن المحكمة الابتدائية الاتحادية وكذلك محكمة الاستئناف الاتحادية قد طبقت قواعد الفعل الضار التي تُجري قواعد الدية في التعويض وفقاً لطلبات ورثة العامل الميت.

وتعليقنا على ذلك أن محكمتي الموضوع قد كان اتجاههما صحيحاً في تطبيق أحكام الدية للآتي :

١- إن المسألة هنا تخضع لأحكام الدية باعتبار أن من أسباب الوفاة الإهمال والذي تطبق فيه أحكام المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي الناصة على أنه: "تسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية أحكام الشريعة الإسلامية".

والدية هنا عبارة عن المقابل المالي للضرر البدني المحدد من قبل الشارع مقدماً. ومن شروط الدية أن يترك الفعل الخطأ ضرراً دائماً في بدن المجني عليه حتى يستحق الدية[1].

٢- إن أحكام قانون العمل لاتمنع من الخروج على ماقررته مادام ذلك في صالح العامل باعتبارها قواعد حمائية للأخير. فقد نصت المادة السابعة من قانون العمل على أنه " يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على نفاذه مالم يكن أكثر فائدة للعامل" .

٣- إن أحكام الدية هنا واجبة التطبيق لسموها على أحكام قانون العمل الاتحادي، فهي تسمو وفقاً لأحكام دستور دولة الإمارات العربية المتحدة وهو أسمى التشريعات حيث نصت المادة السابعة منه على أن : "الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه".

وكذلك فإن قانون العقوبات الاتحادي قد نص في مادته الأولى على تطبيق أحكام الدية وفقاً للشريعة الإسلامية. وقواعد قانون العقوبات الاتحادي تنظم جميعها مصالح عامة، بخلاف قواعد قانون العمل، فهي إلى جانب ترتيبها لمصالح عامة فإنها تنظم مصالح شخصية. ولذلك فالسمو هنا لقواعد قانون العقوبات الاتحادي للاعتبارات السابقة.

٤- وقد جاءت أحكام المحكمة الاتحادية العليا مؤكدة على تطبيق أحكام الدية رغم قيام علاقة العمل بين العامل المتوفى ورب العمل، حيث قضت المحكمة

(١) المنتقى شرح الموطأ، الجزء السابع، ص٩٠.

الاتحادية العليا بمسؤولية رب العمل لأنه تسبب في وفاة وإصابة اثنين من عماله بإهماله وعدم احترازه وعدم متابعة صيانة السقالة المعدنية وملاحظة مدى توافر عامل الأمن والسلامة للعاملين عليها إذ أتى الصدأ على أجزاء من أسلاكها فتآكلت وضعفت من قوتها، مما أدى يوم الحادث إلى انقطاع أحد طرفيها وسقوط المجني عليهما ووفاتهما حسبما هو موضح بتقارير كل منهما الطبي وبالأوراق. وقضي بإلزام رب العمل بديتهما [1].

إن فعل الخطأ سواء أكان تعدياً أو تقصيراً أو إهمالاً ناتجاً عن الإخلال بقواعد الضمان، وكانت نتيجة موت شخص أو جرحه أو قطع طرف من أطرافه، فإن الجزاء هو دفع الدية أو الأرش حسب الأحوال، وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «كل شيء سوى الحديدة فهو خطأ ولكل خطأ أرش». وفي لفظ آخر « كل شيء خطأ إلا السيف ولكل خطأ أرش » [2].

ونستنتج من الحديث الشريف أن أي إصابة ما عدا العمد توجب الدية والأرش. وهذه النتيجة تضع القاعدة العامة لجبر الأضرار الناتجة عن التعدي -الخطأ والتقصير- أياً كانت تلك الأضرار، حيث يبين الحديث أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يوجب على محدثه جبر ذلك الضرر. والخطأ الذي يوجب الدية في الفقه الإسلامي، قد يكون خطأ إيجابياً بأن كان لإرادة الجاني دخل في قوعه بطريقة إيجابية، وقد يكون خطأ سلبياً بأن

---

(١) المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ١١ لسنة ١٧ ق ع نقض شرعي بجلسة ١٩٩٥/٤/٢٢، غير منشور. وكذلك طعن رقم ٩٠ لسنة ١٨ ق ع ، نقض شرعي بجلسة ١٩٩٦/١٠/١٩.

(٢) أخرجه الدارقطني كما في كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ، ج٧، ص٣٩٣. كذلك نصب الراية لأحاديث الهداية، ج٤، ص٣٤٢. ونيل الأوطار للشوكاني، ج٨ .

اتخذ الجاني موقفاً سلبياً نحو واجب معين. والخطأ بنوعيه الإيجابي والسلبي قد يقع من واحد فيكون وحده مسؤولاً عن دفع الدية، وقد يشترك معه واحد أو أكثر وبالتالي توزع عليهم كل حسب نصيبه من الخطأ[1] .

والخطأ الإيجابي غير المباشر: هو الذي يكون بالتسبب وتتحقق نتيجته بالتراخي ولاتقع مباشرة عقب حدوث الخطأ من الفاعل.

والخطأ في القضية محل التعليق توصيل الكهرباء دون إمداد السكن بأجهزة الحماية -والتي أصبح من المعتاد إقامتها- التي تفصل التيار الكهربائي عند حدوث التماس.

والقاعدة التي تحكم حالات الخطأ الإيجابي غير المباشر، أن الانتفاع بأي حق عام مباح للجميع (كالكهرباء)، ولكنه مقيد بشرط سلامة العاقبة. وبناء على هذه القاعدة فإن كل ضرر يحدث للغير من استعمال الحقوق العامة -كالذي ينتج من التوصيل غير الكامل للكهرباء- يتضمنه المتسبب.

والخطأ السلبي غير المباشر: هو التقصير عن القيام بواجب معين يترتب عليه ضرر للغير[2] . والجاني في الخطأ السلبي غير المباشر يتخذ موقفاً سلبياً، كعدم نقض حائط مال إلى ملك الغير أو إلى الطريق العام مع إخطاره بخطورة سقوطه، ولأن النتيجة الضارة لم تترتب على خطئه فوراً ومباشرة بل تراخت إلى بعض الوقت وهو وقت

---

(١) د. عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، ص١٦٧. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ص٥١٤-٥١٦.

(٢) المغني لابن قدامة، كتاب الديات، ج٨، ص٤٣١. المهذب للشيرازي، الشافعي، ج١، ص١٩٢. وانظر كذلك الأستاذ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص٨٢.

سقوط الحائط، فإنه يعتبر غير مباشر. وفي ذلك عن الإمام مالك: إذا بلغ من شدة الخوف حداً لايؤمن معه الإتلاف ضمن ماتلف به، سواء تقدم إليه أو لم يتقدم، أو شهد عليه أو لم يشهد عليه. وقال عبدالوهاب تلميذ مالك : هذا هو الصحيح وهي رواية أشهب[1].

وجوب تطبيق قواعد قانون العمل إلى جانب أحكام الدية :

ذهبت محكمة الاستئناف بعد القضاء بالدية إلى عدم جواز القضاء بتعويض طبقاً لقانون العمل إلى جانب الدية. ولئن كان من المقرر أن أحكام القانون لاتحول دون الحكم للعامل المضرور بتعويض أكبر مما هو محدد بقانون العمل؛ إلا أن ذلك مشروط بألا يجمع المضرور بين تعويضين عن ذات الضرر. وعلى ذلك فإنه لايجوز الحكم للورثة بأي تعويض آخر طبقاً لقانون العمل حسب المادة ١٤٩ منه، وإلا كان في ذلك جمعاً بين تعويضين عن ضرر واحد وهو مالايجوز شرعاً وقانوناً. علاوة على أن شروط تطبيق المادة ١٤٩ من قانون العمل بالنسبة للورثة المدعين في واقعة حال هذه الدعوى غير متوافرة، فأفراد عائلة المتوفى المذكورين في إعلان الورثة الإخوة والوالدة، و المادة ١٤٩ تشترط في عائلة المتوفى حتى يتم تعويضهم وفقاً للمادة ١٤٩ من قانون العمل أن يعتمدوا في معيشتهم على دخله اعتماداً كلياً وبصورة رئيسية، وهو مالم يثبت في هذه الدعوى بأي دليل.

وتعليقنا على هذه النقطة من الحكم: أن الورثة قد طالبوا بتعويضهم وفقاً لقواعد قانون العمل إلى جانب الدية، وذلك وفقاً للمادة ١٤٩ من قانون العمل. ولبحث هذه المشكلة نورد نص المادة ١٤٩ والتي قررت أنه: " إذا أدت إصابة العمل أو

(١) شرح الزرقاني لمختصر خليل للإمام الزرقاني، ص٧٥. الإيضاح عن معاني الصحاح، ص ٣٣٩.

المرض المهني إلى وفاة العامل استحق أفراد عائلته تعويضاً مساوياً لأجر العامل الأساسي عن فترة مقدارها أربعة وعشرين شهراً، على أن لاتقل قيمة التعويض عن ثمانية عشر ألف درهم، وأن لاتزيد على خمسة وثلاثين ألف درهم، وتحسب قيمة التعويض على أساس آخر أجر كان يتقاضاه العامل قبل وفاته، ويوزع التعويض على المستحقين عن العامل المتوفى وفق أحكام الجدول بهذا القانون.

وفي تطبيق أحكام هذه المادة يقصد بعبارة عائلة المتوفى من كانوا يعتمدون في معيشتهم اعتماداً كلياً أو بصورة رئيسية على دخل العامل المتوفى حين وفاته من الأشخاص الآتيين:

أ - الأرملة أو الآرامل.

ب- الأولاد وهم:

١- الأبناء الذين لم يبلغوا سن السابعة عشرة، وكذلك الأبناء المنتسبون بصورة منتظمة في المعاهد الدراسية ولم يتموا أربعاً وعشرين سنة من العمر أو العاجزون جسمانياً أو عقلياً عن الكسب. وتشمل كلمة الأبناء أبناء الزوج أو الزوجة الذين كانوا في رعاية العامل المتوفى حين وفاته.

٢- البنات غير المتزوجات، ويشمل ذلك بنات الزوج أو الزوجة غير المتزوجات اللاتي كن في رعاية العامل المتوفى حين وفاته.

ج - الوالدان.

د- الإخوة والأخوات وفقاً للشروط المقررة بالنسبة إلى الأبناء والبنات".

والملاحظ وفقاً لأحكام المادة ١٤٩ أن التعويض مقرر لأفراد عائلة المتوفى ممن كانوا

يعتمدون في معيشتهم اعتماداً كلياً أو بصورة رئيسية على دخل العامل المتوفى حين وفاته من الأشخاص الذين ورد بيانهم في هذا النص، ومن ثم فإنه يعد تعويضاً عن الأضرار المادية التي لحقت بأشخاصهم نتيجة لوفاة عائلهم، ولما ترتب على وفاته من حرمانهم من دخله وإنفاقه عليهم. ويلتزم صاحب العمل بدفع هذا التعويض. وهو بهذه المثابة يجوز الجمع بينه وبين الدية التي يقضى بأدائها على الجاني [1].

وحكم محكمة الاستئناف لم يستبعد في منطوقه جواز ثبوت التعويض لأفراد الأسرة المعالين من المتوفى وفقاً للمادة ١٤٩ إذا ما أثبتوا ذلك. والنص لايتطلب أن تكون الإعالة للمعالين كلية، بل يكفي أنهم يعتمدون بشكل رئيسي على الإعالة منه. ويجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات، بل الأصل أنه يعيلهم، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار كونه وحيداً في دولة الإمارات، وأن والدته متواجدة في دولة أخرى.

بل إن التوزيع وفقاً للجدول رقم (٣) الخاص ببيان كيفية توزيع تعويض الوفاة على أفراد عائلة العامل المتوفى لم يلتزم بقواعد توزيع الميراث وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن الأمر في التوزيع يختلف عن أحكام الدية في التعويض [2].

---

(١) انظر تأكيداً لذلك : حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٤ حقوق، جلسة الأحد ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٩٤، منشور بمجلة القضاء والتشريع، المكتب الفني، محكمة تمييز دبي، العدد الخامس فبراير ١٩٩٧، رقم ١٥١، ص ٨٨٦-٨٩٠.

(٢) جاء في الجدول رقم (٣) الخاص بأحكام توزيع الوفاة على أفراد عائلة العامل المتوفى "١- إذا اجتمع الأرمل مع الوالدين والولد الذين كانوا في رعاية المتوفى يوزع التعويض بحيث يكون للأرمل الثمن وللأرامل الثمن بالتساوي إن كن أكثر من واحدة وللوالدة السدس والوالد الثلث والوالدين الثلث بالتساوي وللولد الباقي. فأذا لم يوجد ولد كان للأرمل أو للأرامل بالتساوي ثلثا قيمة التعويض إن كن أكثر من واحدة وللوالد الباقي، فأن كانا والدين فلهما الباقي بالتساوي. فأذا لم يوجد الوالدان كان للأرمل ثمن التعويض على أن يوزع بالتساوي بين الأرامل إن كن أكثر من واحدة وللولد الباقي. أما إذا لم يوجد مع الأرامل ولد أو والد أخذ =

ثالثاً : الجمع بين الدية وبين التعويض عن الضرر الأدبي

لقد طالب الورثة بأكثر من المقرر وفقاً للقانون الذي يحدد مقدار الدية باعتبار أن الدية الشرعية أكثر مما نص عليه في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ والذي يحددها بمائة وخمسين ألف درهم، واعتبروا أن هذا القانون كاشف للحق وليس منشئاً له.

= التعويض كله، على أن يقسم بين الأرامل بالتساوي إن كن أكثر من واحدة . ٢- إذا وجد والد وولد فمن كانا في رعاية المتوفى ولم يوجد أرمل أو أرملة أو والد أو والدين أو أشقاء أو شقيقات كان يعولهن وزع التعويض بين الأولاد بالتساوي، فإذا وجد ولد واحد استحق التعويض كله. ٤- إذا وجد والدان كان يعولهما ولم يوجد أولاد أو أرامل أو أرملة وزع التعويض بين الوالدين بالتساوي إلا إذا كان واحد فيمنح التعويض كله ويعتبر الأخوة والأخوات الذي كان العامل يعولهم حين وفاته في حكم الوالدين عند عدم وجود أحد منهما.

والمسألة التي كان على ورثة المتوفي المطالبة بها هي مكافأة نهاية الخدمة:فالمادة ١٣٢ من قانون العمل نصت على أنه يستحق العامل الذي أكمل سنة أو أكثر في الخدمة المستمرة مكافأة نهاية الخدمة عند انتهاء خدمته، ولاتدخل أيام الانقطاع عن العمل بدون أجر في حساب مدة الخدمة وتحسب المكافأة على النحو التالي:

١- أجر واحد وعشرين يوماً عن كل سنة من سنوات الخدمة الخمس.

٢- أجر ثلاثين يوماً عن كل سنة مما زاد على ذلك ويشترط فيما تقدم ألا تزيد المكافأة في مجموعها عن أجر سنتين.

فمكافأة نهاية الخدمة تستحق مادام قد أكمل سنة أو زيادة ولم تنقطع خدمته خلال السنة، وسواء أكان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة مالم يترك العامل في العقد غير المحدد المدة عمله بمحض اختياره (المادة١٣٧ من قانون العمل الاتحادي). وبالتالي فوفقاً للمادة ١٣٢ إذا زادت مدة خدمة العامل المستمرة لدى صاحب العمل عن سنة، ولم تجاوز ثلاث سنوات، استحق ثلث المكافأة المقررة له. وإذا زادت مدة خدمة العامل المستمرة لدي صاحب العمل عن ثلاث سنوات ولتم تجاوز خمس سنوات، استحق ثلثي المكافآة، د.أحمد شوقي عبدالرحمن، مذكرات في قانون العمل الاتحادي، ص٢١٨. د.حسام الأهواني ود.رمزي مبروك، شرح قانون العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٩٧/٩٦، ص٢١٨. =

لكن محكمتا البداية والاستئناف لم تتعرضا لمسألة زيادة الدية ونقصانها رغم أنها مسألة مهمة. حيث إنه قد صدر قانون اتحادي رقم ٣ في سنة ١٩٨٣ يقضي بتحديد الدية بمبلغ ٧٠٫٠٠٠ درهم، ثم صدر قانون اتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ ونشر بالجريدة الرسمية في ١٠ / ٦ / ١٩٩١ يرفع القيمة المالية للدية إلى ١٥٠٫٠٠٠ درهم للمتوفى خطأ. والسؤال الذي يثار هنا، هل هذه القوانين منشأة للحق أو مجرد كاشفة له؟ وقولنا هذا أساسه أن الدية ومقدارها تم تقديره من الشارع بالأحاديث النبوية الصحيحة، فقد حددت شرعاً بمائة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو اثني عشر ألف درهم من الفضة[1].

والمشرع في دولة الإمارات نص في المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي على سريان أحكام الشريعة الإسلامية بشأن الديات. وبالتالي فالمرجع في هذه المسألة هو أحكام الشرع الإسلامي، وإذا كان قد صدر قانون بتحديد الدية بمقدار نقدي من نقود الدولة، فإن ذلك لايلغي النصوص الشرعية المحددة لها، ونص المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي الذي يؤكد تطبيقها. وإنما يكون دور القانون المحدد لمقدارها هو دور

= وحيث إن عقد عمل مورث المدعين لدى الفندق بدأ في ١٩٨٩/١/٧ وفقاً لما جاء في حكم محكمة الاستئناف بأجر شهري قدره ١٠٠٠ درهم، ثم صدر قرار بتعديله في ١٩٩٢/٥/٢٤ ليصبح بوظيفة مسؤول عن الأنشطة الرياضية، فالواضح أن العقد قد استمر فيه العامل أقل من خمس سنوات، واستحقاق العامل لمكافأة نهاية الخدمة شرطه أن لايكون ولايكون الإنهاء بأرادة العامل إذا انتهى عقد العمل نتيجة لوفاة العامل، سواء أكان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة، د.حسام الأهواني ود.رمزي مبروك، المرجع السابق، رقم٨٩٩، ص٩٠٢. وبالتالي تؤدى المكافأة للعامل إلى المستحقين عنه (المادة١٣٦ من قانون العمل).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ج٢ ، ص٤١٢ . والمهذب للشيرازي ، ج٢، ص١٩٥ . كذلك الخراج لأبي يوسف ، تحقيق الدكتور محمد إبراهيم البنا، ص٣٠٨ . الموطأ للإمام مالك، طبعة دار الشعب، ص٥٢٠، بلغة السالك إلى أقرب المسالك ، ج٥، ص٤٠٢ . حاشية الدسوقي، ج٤، ص٢٦٦ . حاشية العدوي، ج٢، ص٢٧٣.

تفسيري لمقدار الدية عند صدوره، وبالتالي فلا مانع إذا مازادت قيمة الدية المحددة شرعاً؛ من زيادة المقدار النقدي المحدد في النصوص. وكذلك لو انخفضت عن المقدار النقدي فلا بد من انقاصها وإلا كانت هناك مخالفة للأحكام الشرعية المجمع عليها من العلماء. وهذا ماقررته المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها: " إن المقرر في قضاء هذه المحكمة ولئن كانت المادة ٢٧ من الدستور تنص على أن يحدد القانون الجرائم والعقوبات وأنه لاعقوبة على ماتم من فعل أو ترك قبل صدور القانون الذي ينص عليها، وكان من المقرر في القوانين العقابية أنها لاتسري على الوقائع السابقة على صدورها إلا إذا كان من شأنها إباحة الفعل المجرم أو تخفيف العقوبة المقررة من قبل، إلا أنه لما كانت المادة الأولى من قانون العقوبات تستثني من سريان أحكامه جرائم الحدود والقصاص والدية، وتقضي بإخضاعها لأحكام الشريعة الإسلامية. وكانت الدية محددة شرعاً بمائة من الإبل، أو ألف دينار من الذهب، أو اثني عشر ألف درهم من الفضة، بحيث لايجوز لولي الأمر وللقاضي أن ينقص منها شيئاً أو يزيد في مقدارها، فإن صدور قرار المجلس الأعلى للحكام رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ بتحديد مقدار دية القتل الخطأ بمبلغ ٧٠،٠٠٠ ألف درهم، ثم صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩١ بتعديل هذا المبلغ إلى ١٥٠،٠٠٠ درهم، لايعد تدخلاً من المشرع الوضعي في تحديد مقدارها كعقوبة أو في تشديدها، وإنما هو مجرد معادلة لقيمة الدية بالعملة الورقية المحلية التي تتعرض للتغير، من حيث قوتها الشرائية"[1].

ذهبت محكمة الاستئناف إلى عدم جواز الجمع في التعويض بين الدية والتعويض

(١) المحكمة الاتحادية العليا، طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٧ ق ع، نقض شرعي، الجلسة بتاريخ ١٩٩٦/٧/٨بمدينة أبوظبي، غير منشور. كذلك الطعن رقم ١٧٦ لسنة ١٥ القضائية، جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٤ مدني منشور بمجلة العدالة، أبوظبي، عدد ٨٠، السنة٢١، أكتوبر سنة ١٩٩٤، ص٥٠ ومابعدها.

عن الأضرار الأدبية. وقد قالت في ذلك: "أما عن التعويض عن الأضرار الأدبية للورثة فإن أحكام المحكمة الاتحادية العليا "محكمة النقض" التي تلتزم بها هذه المحكمة، لأن أحكامها ملزمة لجميع المحاكم الاتحادية ومنها هذه المحكمة، قد استقرت على أنه لايجوز الجمع بين الدية والتعويض عن الأضرار الأدبية للورثة، لأن في القضاء لهم بالدية وهي ترضية للورثة مايجبر هذه الأضرار، وإن كان يجوز الجمع بين الدية والأضرار المادية الأخرى التي لاتنظمها الدية. ولامخالفة في ذلك لنص المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات. وذلك حسبما جاء بالطعن رقم ٦٢ / ١٦ ق ع مدني في ٢١ / ٢ / ٩٤ وفي ذلك تقول المحكمة -المحكمة الاتحادية العليا- إن الدية شرعاً هي المال الواجب دفعه عوضاً عن الجناية عن النفس أو مادونها. فهي بجانب اعتبارها عقوبة على الفعل الضار تشكل تعويضاً للأهل عن فقد ذويهم، وتعويضاً للمضرور عن حرمانه من العضو الذي فقده أو منفعته، وعلى ذلك فلا يجوز لمن قضى له بدية مورثه إعادة طلب التعويض عن الأضرار الأدبية أو النفسية أو المعنوية التي أصابته نتيجة فقد هذا المورث مرة أخرى، لأن الحكم بالدية قد شملها بالضرورة، لدخول ذلك الطلب في الغاية من الحكم بالدية وهي ترضية الورثة ومواساتهم عن فقد مورثهم، أما الأضرار المادية فإنه يجوز المطالبة بها، كما لو فقدت زوجة القتيل وأولاده الصغار للمصدر الذي كانوا يعتمدون في معيشتهم على دخله من العمل، لأنه ضرر يزيد على ذلك المتمثل في الآلام التي تصيبهم نتيجة فقد عزيز لديهم، أو كإنفاق أهل القتيل أموالاً على علاجه قبل موته، أو فقد المضرور عمله الذي هو مورد رزقه، أو إنفاقه شيئاً على علاج نفسه. فإن مرتكب الفعل الضار يلزم بتعويض هذه الأضرار بالإضافة إلى التزامه بالدية، ولايعد ذلك من قبيل الجمع بين الدية والتعويض الممنوع بحكم المادة ٢٩٩ من قانون

المعاملات، لأن مقصودها هو عدم جواز تعويض المضرور عن أضرار استحقت الدية تعويضاً عنها، لأنه في هذه الحالة يكون قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد وهو مالايجوز شرعاً وقانوناً. وعلى ذلك فإن الحكم المستأنف وإذ قضى للورثة بالدية فقط، فإنه يكون في محله، لأن في الحكم بها الترضية للورثة ومواساتهم عن فقد مورثهم، فلا حق لهم في مطلبهم التعويض عن الأضرار الأدبية أو النفسية، لأن الحكم بالدية قد شملها بالضرورة والقول بغير ذلك النظر في مثل هذه الحالة يكون جمعاً بين الدية والتعويض وهو لايجوز".

ومن الواضح أن محكمتي الموضوع قد التزمتا بقرارات المحكمة الاتحادية العليا المتتابعة في عدم الجمع بين الدية والتعويض عن الأضرار الأدبية، مستندة في ذلك إلى منطوق نص المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتية، والتي نصت على أنه: «يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس، على أنه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش فلا يجوز الجمع بين أي منها وبين التعويض، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك».

وبالرغم من أن الدية أو الأرش يعتبران عقوبة وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي، إلا أنهما يؤديان في نفس الوقت وظيفة التعويض [1]. وفي مقدار الدية اعتبر الفقهاء أنها محددة من قبل الشارع كمقابل لقتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق، فالتالف واحد، وإذا كان التالف واحداً فلا يختلف مقابله المالي [2]. وفي ذلك يقول السرخسي: " الدية على المتلف، ولايختلف التلف بالخطأ والعمد،

---

(١) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، رقم ٤٥٣، ص٨-٦٠.

(٢) د. عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، بيروت، لبنان، ص٥٢٦.

وضمان الجناية إنما يفارق ضمان المتلفات في كونه مقدر شرعاً " [1] .

وعليه فإذا كان الضرر الأصلي قد تمثل في الوفاة أو الضرر الجسدي، فالمعيار المطبق هنا هو معيار موضوعي لا يختلف بين الأفراد بتفاوت مراكزهم الاجتماعية، وذلك تحقيقاً للعدالة والمساواة، وقد تمثل ذلك في الدية والأرش إذ هذه الاعتبارات قد توافرت فيهما، لأن تحديدهما من الشارع اعتناءً بشرف الحرية[2] .

وبالتالي لايجوز المطالبة بتعويض إضافي يكمل أياً منها، بناءً على أن الضرر الذي تمثله الوفاة أو الإصابة يزيد في قيمته عن قيمة الدية أو الأرش المحكوم بها [3] .

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في ذلك بأن: " الدية إلى جانب أنها عقوبة أصلية فهي أشبه بالتعويض، وباعتبارها عقوبة فلا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد، كما أنها ذات حد واحد وليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد عليها، فمقدارها ثابت لكل جريمة، وكل حالة، فدية الصغير كدية الكبير، والقوي كالضعيف والوضيع كالشريف والحاكم كالمحكوم. وبغض النظر عن مدى الضرر الذي

---

(1) المبسوط للسرخسي، ج٢٦، ص٨٤. كذلك حاشية الجمل، ج٥، ص٥٨.

(2) حاشية الجمل، المرجع السابق.

(3) د.مصطفى الجمال، المرجع السابق، رقم ٤٥٣، ص٦٠٨. كذلك انظر الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا في طلب تفسير الدستور رقم ٥/٣ قضائية، جلسة ١٩٧٧/١١/٩ والذي جاء فيه : " لايجوز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد، فإذا كان المدعي قد حصل على حكم بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي طرحها تفصيلاً أمام المحكمة، واكتسب هذا الحكم قوة الأمر المقضي، فإن الضرر يكون قد تم جبره، ولايجوز للمدعي أن يتجه بطلباته من جديد في دعوى مبتدأة إلى خصم آخر.. ". منشور بمجلة العدالة، عدد١٧، السنة٥ يناير، سنة ١٩٧٨، أبوظبي، ص١٤٠.

أحقه فعل الجاني بالمجني عليه قل أو كثر، ثبت أو تفاقم"[1] .

أما الضرر التابع وهو الذي يتجاوز الإصابة في ذاتها، وهو متميز عنها ولاتربطه بها سوى رابطة السبب بالنتيجة [2] ، ومثاله الضرر المادي فيكون الضرر الناتج عنه إصابة أدت إلى خسارة مالية محققة كعجز العامل عن العمل، أو نفقات العلاج التي تلحقه وترتب أثراً محققاً عن الإصابة، وقد يكون الضرر أدبياً وهو ماينجم عن الإصابة من آثار نفسية وآلام تصيب المضرور في عاطفته وحنانه.

والمحكمة الاتحادية العليا ميزت في كل ذلك بين كون المستحق للتعويض هو ذات المصاب في جسده وبين الورثة في حالة موته.

فقد ذهبت أحكامها المتتالية إلى جواز الجمع بين التعويض عن الإصابة الجسدية التي لحقت بالمصاب ذاته والتعويض عن الأضرار المادية الأخرى، وكذلك عن الأضرار الأدبية التي أصابته، وقضت بأنه " .. ومتى استظهرت محكمة الموضوع في حكمها عناصر الضرر الموجب للتعويض فإن تحديدها ومقدار التعويض الجابر لهذا الضرر يكون من المسائل الواقعية الموضوعية التي تستقل بتقديرها وتنحسر عنها بالتالي رقابة المحكمة العليا، شريطة أن تقدر التعويض بقدر الضرر، والضرر يشمل مافقد المضرور من خسارة ومافاته من كسب التزاماً بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأن لاضرر ولاضرار، والضرر ينبغي أن يزال، وذلك مالم يرد في القانون أو الاتفاق نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوص تحديد مقادر التعويض. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن

---

(١) الطعن رقم ٥٨ لسنة ١٥ القضائية، جلسة ٢٧ إبريل ١٩٩٣، مجلة العدالة ٧٩، السنة٢١ يوليو ١٩٩٤، ص٦٣ ومابعدها.

(٢) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، رقم ٤٥٢، ص٦٠٥.

الدعوى المدنية التي أقامها الطاعن ارتكزت على طلب الحكم له بالتعويض الجابر لما لحقه من أضرار مادية وأدبية نتيجة إصابته من جراء الحادث وفقده إبصار عينه اليمنى وماترتب على ذلك فقده لعمله، إلا أن الحكم المطعون فيه غفل عن ذلك، وقضى للطاعن بالدية المقررة شرعاً عن فقد إبصار العين اليمنى وبتعويض أدبي عما أصاب عينه اليسرى، رغم اختلاف الأساس الذي ارتكز عليه كل مسمى، وللقواعد التي تحكم كيفية احتساب كل منها، وخلت أسبابه في شأن ماقضاه من تعويض من بيان عناصر الضرر، ومن الرد على ماجاء بتقرير الخبير المنتدب الذي بناه الحكم الابتدائي في شأن تحديد المسؤولية، ومن ثم فإن الحكم يكون مخطئاً في القانون قاصراً في التسبيب"[1].

أما بالنسبة لورثة الضحية فقد رفضت المحكمة الاتحادية العليا إثبات حقهم في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بهم إضافة إلى الدية، باعتبار أنها تعويض فيمتنع الجمع بينهما بالنسبة لضرر واحد، باعتبار أن الدية إطفاء للآلام والغيظ في نفس ذوي المجني عليه، وتعويض للآلام النفسية التي تصيبهم، وهي تشمل كافة التعويضات عن القتل الخطأ، ومن ثم فإن الدية تعد تعويضاً كما تعد عقوبة، ومتى كانت للدية صفة التعويض لم يجز الجمع بينهما في حدود التعويض عن الأضرار التي جبرتها الدية،

(١) الطعن ١٦٠ لسنة ١٤ القضائية، جلسة ١٧ مارس، سنة ١٩٩٣، منشور بمجلة العدالة أبوظبي، العدد ٧٧، السنة٢١، يناير ١٩٩٤، ص٧١ ومابعدها. كذلك الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ١٦ القضائية، جلسة ٢٤ يناير سنة ١٩٩٥، منشور بمجلة العدالة، أبوظبي، عدد٨٦، السنة ٢٣، إبريل ١٩٩٦، ص١٠٣ ومابعدها. كذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا، رقم ١٣٨ لسنة ١٧ نقض شرعي جزائي، جلسة ١٩٩٦/٧/٨. كذلك الطعن في الحكم رقم ١٨٩ لسنة ١٧ نقض شرعي جزائي بجلسة ١٩٩٦/٤/٦م. والطعن رقم ٢٨ لسنة ١٤ ق، جلسة ١٩٩٢/١/٢٦. وكذلك الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٣٠.

باعتبار أن الدية هي بدل النفس والمقصود بها رتق الفتق الذي حدث محل المجني عليه، والتعويض هو لجبر الضرر الذي لحق بالمجني عليه.... وبالتالي لايجوز الجمع بينهما؛ لأن التعويض لايكون إلا عند عدم وجود الدية، فإذا استحقت، فإنها تكون هي الأصل. ولاينبغي الجمع بين البدل والمبدل عنه[1] . وهي تعد في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ترضية للورثة لمواساتهم عن فقد مورثهم[2] .

إلا أن محكمة تمييز دبي قد انتهجت نهجاً آخر فقضت بأن " التعويض الذي تحظر الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ الجميع بينه وبين الدية إنما هو التعويض عن الضرر الذي يلحق بشخص المجني عليه نتيجة الإيذاء الذي يقع على نفسه وينتقل إلى ورثته بوفاته، أما ذلك الذي يستحق للورثة مادياً كان أو أدبياً نتيجة ما أصاب أشخاصهم من أضرار بسبب وفاة مورثهم فتخرج عن التعويض الذي عنى المشرع بحظر الجمع بينه وبين الدية"[3] .

وقضت كذلك: " إن الدية -وعلى ماهو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية- عقوبة أصلية للقتل والجرح شبه العمد والخطأ، وهي باعتبارها عقوبة لايتوقف الحكم بها على طلب الأفراد، كما أنها ذات حد واحد فليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد عليها فمقدارها ثابت لكل جريمة وفي كل حالة تستوفى من مال الجاني أو من عاقلته

(١) الحكم الصادر في الطعن رقم ٧٩ لسنة ١٩٩١ ق ع شرعي، جلسة ١٩٩١/١١/٢٣ منشور بمجلة العدالة، أبوظبي، عدد ٦٩ ، السنة ١٩ يناير ١٩٩٢، ص ٧٧ ومابعدها.

(٢) طعن رقم ٥٨ لسنة ١٥ ق، جلسة ٢٧ إبريل ١٩٩٣، منشور بمجلة العدالة، أبوظبي، عدد ٧٩، السنة ٢١ يوليو ١٩٩٤، ص٦٣ ومابعدها. الطعن رقم ١٨٩ لسنة ١٧ قضائية شرعي، جلسة ٦ إبريل ١٩٩٦، منشور بمجلة العدالة، العدد٩٨، السنة ٢٣ ، أكتوبر ١٩٩٦، ص١٣٩ ومابعدها.

(٣) الطعنان رقما ١٠٦، ١١١، لسنة ٩٩٠، جلسة ٢٧ يناير ١٩٩١، مجلة القضاء والتشريع، المكتب الفني، محكمة تمييز دبي، العدد الثاني يناير ١٩٩٣، ص٥١.

بحسب الأحوال، ومن ناحية أخرى فإنها تشابه التعويض من حيث إن الغاية منها ترضية ورثة المجني عليه، يستوي في ذلك توافر أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية كما هي معروفة في القانون، أو عدم توافرها، ولايعد بمثابة الجمع بين الدية والتعويض المطالبة بأية أضرار أخرى نشأت عن خطأ الجاني ولاتغطيها الدية، ولاتعارض في ذلك مع نص المادة ١٩٩ من قانون المعاملات المدنية... الجمع بين الدية أو الأرش وبين التعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بشخص المضرور نتيجة الإيذاء الواقع على نفسه وينتقل بوفاته إلى ورثته وأما التعويض الذي يستحق للورثة مادياً كان أو أدبياً نتيجة ما أصاب أشخاصهم من أضرار بسبب وفاة مورثهم فإنه يخرج عن نطاق التعويض الذي عناه المشرع بحظر الجمع بين الدية أو الأرش"[1] .

ونحن نؤيد محكمة التمييز فيما ذهبت إليه من أن الحكم بالدية لايمنع المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأدبية، خاصة وأن المحكمة الاتحادية العليا قد جمعت بينهما فعلاً بالنسبة للمصاب الذي لم تؤد إصابته إلى وفاته كما بينا سابقاً.

والواضح من استعراضنا لأحكام المحكمة الاتحادية العليا أنها قد أسست ماذهبت إليه بقولها أن الدية تعد ترضية لورثة المجني عليه، وقد تكرر هذا المعنى في جميع أحكامها، فاعتبرت أن الدية تغطي الأضرار الجسدية وتخفف من الآلام النفسية التي تلحق بالورثة فلا يجمع بينهما.

---

(١) محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٤، حقوق، جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٩٤، مجلة القضاء والتشريع، محكمة تمييز دبي، المكتب الفني، ص٨٨٦ ومابعدها.

ونرى أن هذا التأسيس غير سديد، ويخالف الواقع من نواحٍ عدة :

١- لو نظرنا إلى الدية من حيث الواقع، فهي قيمة مالية تدخل في التركة مباشرة لا في حساب الورثة، وتقسم عليهم بعد ذلك حسب قواعد الميراث الشرعي، أما الأضرار الأدبية والنفسية فإنها تلحق بأهله، وحسب القواعد المعمول بها تدخل ضمن حقوق أقربائه المطالبين بها فقط وفي ذممهم المالية لا جميعهم، إذ قد يتصور أن لايشترك أحد من الورثة في المطالبة بالحق الناتج عن الأضرار الأدبية.

٢- وقد جاء في نص المادة ٢٩٣ : "١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي. ٢- ويجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب". فبعد أن أفصح المشرع عن رؤيته لأنواع الضرر الأدبي، بين في الفقرة الثانية أنه يفضي بالضمان للأزواج وللأقربين، ولم يحدد درجة القرابة هل هي الثانية والثالثة، وبالتالي فكل قريب نسبي يتأثر بموت المصاب يستطيع أن يطالب بحق الضمان عن الأضرار الأدبية التي لحقته، وهي مسألة تخضع في تقديرها لقضاء الموضوع.

ومن هذا المنحى، فإن الأمر يتعدى في نظرنا القول بأن الدية تعني ترضية للورثة فقط، وبالتالي فهو يواجه جميع أحكام المادة ومن ذلك الأقارب الذين قد تحققت فيهم أحكام المادة ٢٩٣ من مصاب ألم ومعاناة نفسيه بموت

القريب المصاب ومع أنهم ليسوا ورثة وإن كانوا أقرباء. وهذا ما يترتب عليه السؤال الآتي: هل يعني ذلك أن لهم الحق فقط دون الورثة في المطالبة بحق الضمان عن الضرر الأدبي بدعوى أصلية قائمة بذاتها ومنفصلة عن الدية؟ وهل يعني أنهم قد يطالبون بمبالغ قد تزيد عن الدية التي قسمت على الورثة كل حسب حصته من الميراث؟ لاريب أن أمراً كهذا قد يخرج عن المنطق القانوني.

٣- وباعتبار أن الدية قيمة مالية تدخل ضمن تركة المتوفى المصاب، وأن الورثة لايحصلونها مباشرة أي لا تنتقل إلى ذممهم مباشرة، فإن الدائنين سيستوفون حقوقهم منها قبل الورثة، "إذ لاتركة إلا بعد سداد الديون"، وهنا قد تذهب جميع الدية إلى دائني الميت المصاب دون أن يأخذ الورثة شيئاً منها، فهل نقول هنا إن الدية كانت ترضية مالية للورثة؟ إن هذه المقولة لاتتماشى مع ماسردناه من مفاهيم واضحة حول أصل التعويض بالدية أو الأضرار الأدبية.

٤- نعود لمدلول لفظ الدية والفقه الإسلامي، فنرى أن مفهوم الدية قد اختلف بين العلماء، إذ يرى فقهاء المذهب الحنفي أن الدية: " اسم للمال الذي هو بدل النفس، والأرش اسم للواجب بالجناية على مادون النفس"[1].

وعرفها فقهاء المذهب الشافعي بأنها: "المال الواجب بالجناية على النفس أو

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج٦، طبعة٢، مطبعة مصطفى الحلبي، ص٥٧٣. المبسوط للإمام السرخسي، ج٢٦، ص٥٩- وفيه: " الدية مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس، والأرش بدل ما دون النفس".

فيما دونها"[1] .

ويعرف فقهاء المذهب الحنبلي بأنها :"هي المال المؤدى إلى مجني عليه أو وليه بسبب جناية "[2] .

أما فقهاء المالكية فإنهم لم يعرفوا الدية كفقهاء المذاهب الأخرى، ويطلقون عليها اسم العقل دون تعريف محدد لها. وقد سمي بدل النفس عقلاً لأنه كان يؤتى بالدية من الإبل يتوجه بها ليلاً إلى فناء أولياء المقتول، فيجدها أولياء المقتول صباحاً معقولة بفنائهم، ولذلك سميت عقلاً. كما سمي من يدفع الدية عاقلاً. ومن هذا المعنى قيل العاقلة [3] .

وقد عرف الإمام محمد عبده الدية بقوله : " إنها مايعطى إلى ورثة المقتول عوضاً عن دمه، أو عن حقهم فيه"[4] .

وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة :" بأنها القصاص في المعنى دون الصورة". وقد أوضح هذا التعريف بقوله :" فالقصاص معنى وصورة القود من الاعتداء على النفس وقطع العضو في الاعتداء على الطرف. والقصاص صورة هي الدية أو الأرش في الجرح أي التعويض"[5] .

---

(١) مغني المحتاج، ج٤، ص٥٣ . حاشية القليوبي وعميرة، ج٤، ص١٢٩ . حاشية الباجوري، ج٢، ص٢١٠ . حاشية سليمان البجيرمي على شرح الخطيب، ج٤، ص١٢١ .

(٢) شرح الإقناع ، كشاف القناع، ج٤، ص٢ . شرح المنتهى، ج٤، ص٢ .

(٣) نقلاً عن د . عوض أحمد إدريس ، مؤلفه الدية بين العقوبة والتعويض، المرجع السابق، ص٢٠ .

(٤) تفسير المنار، ج١، ط٢، ص٣٣٢ .

(٥) العقوبة في الفقه الإسلامي، ص٥٦٣ .

وعرف الشيخ علي الخفيف الدية: " بأنها مال قدره الشارع عوضاً عن النفس أو طرف، ومن ثم كانت هي المال الواجب بالجناية على النفس في غير عمد أو على طرف من أطرافها أو بالجناية على البدن" [1].

وأخيراً عرفها الدكتور علي صادق أبوهيف بأنها: "هي المال الذي يؤديه الجارح أو القاتل إلى الجريح أو ورثة القتيل كعوض عن الدم المهدور"[2].

فالواضح من جميع التعريفات التي سقناها، أن أحداً لم يذكر بأن الدية هي تعويض عن ضرر أدبي أو نفسي أو معنوي، بل ركز الجميع على إتلاف النفس أو البدن، فصار الإلزام بالدية. ولذلك فالأقرب إلى الحقيقة اعتبار التعويض بالدية تعويضاً مادياً، أي عن فوات المادة الجسمانية للإنسان لا تعويضاً عن الأضرار الأدبية. ولذا وجدنا المحكمة الاتحادية العليا لم تتحرج في التعويض عن الأضرار الأدبية إلى جانب فوات بعض أجزاء المصاب الحي، على اعتبار أنها أمر مادي والأضرار الأدبية شيء آخر معنوي، إذن فلا معنى لمناقضة هذا الاتجاه القضائي إذا ماكان الذي طالب بالدية هم ورثة المتوفى وطالب بالتعويض عن الأضرار الأدبية أقرباؤه سواء كانوا ورثة أو غير ورثة.

والحقيقة أن الأضرار الأدبية لايحكم بها إلا بعد المطالبة بها أمام القضاء وإثباتها، بخلاف الدية التي يرجع كونها عقوبة مالية تدخل في ذمة الورثة أو التركة بمعنى أصح، وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات

(١) مؤلفه بين الدفاع الاجتماعي والشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، ص١٠.

(٢) رسالته في الدكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٣٢، ص٢٦.

الاتحادي، وكذلك نهج نصوص القانون الأخرى، وماجرت على تطبيقه المحاكم في دولة الإمارات العربية من الإلزام بها بمجرد ثبوتها حتى ولو لم يطالب بها أولياء الدم بل ولو لم يتعرف عليهم[1].

كل ذلك يحملنا للقول بأن التعويض عن الدية أمر غير التعويض عن الضرر الأدبي وفقاً لمفهوم المادة ٢٩٣.

٥- وكذلك من ناحية أخرى نجد أن الدية تقدر، كما جرى في القانون والفقه والقضاء، على أساس موضوعي لايختلف باختلاف الأفراد سواء أكان المعتدى عليه غنياً أم فقيراً، كبيراً أم صغيراً، ولاينظر إلى مكانته في المجتمع، فمقدارها واحد. أما التقدير للأضرار الأدبية فتدخل فيه الجوانب الذاتية والشخصية، إذ ينظر إلى مكانة المصاب أو المتوفى، وإلى سنه، وإلى غناه أو فقره. أي أن عناصر التقدير تختلف بين مفهوم الدية ومفهوم التعويض عن الضرر الأدبي.

وهذا يجعلنا نؤكد أن المقولة الذاهبة إلى أن الدية يدخل في عناصرها أمر ترضية الورثة أو الأقرباء عن الأضرار الأدبية هي مقولة تفتقر إلى الأساس الذي يبنى عليه هذا القول، خاصة و أن جميع من عرَّف الدية في الماضي لم يقل بذلك، وكذلك أقوال المعاصرين بعد أن ظهر في القانون مفهوم التعويض عن الضرر الأدبي، بحيث نخلص

(١) انظر محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٢١ لسنة ١٩٩٣ حقوق، جلسة ٧ نوفمبر لسنة ١٩٩٣ منشور بمجلة القضاء والتشريع ، المكتب الفني محكمة التمييز، العدد الرابع، رقم١٢٧، ص٧٣٢ ومابعدها .وكذلك طعن رقم ١٤٧ لسنة ١٩٩٠. حقوق ، جلسة ١٩٩١/٢/٢٣ منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد ٢ يناير١٩٩٣، المكتب الفني تحت رقم٢٤، ص١٤١ ومابعدها . كذلك تمييز دبي، الطعن رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٩١، حقوق، جلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٢، منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد الثالث، تحت رقم ٢٧، ص١٩١ ومابعدها .

إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي ليس خاصية في الدية ولاعنصراً من عناصر مكوناتها، ولاعلة تدور معه وجوداً وعدماً، وليس سبباً؛ إذ السبب لهذا النوع من التعويض هو الإصابة الجسدية أو الموت. فكل ما قد يقال حول موضوع الترضية لايعدو أن يكون حكمة من حِكَم الدية.

بعد كل ما تقدم بيانه نرجح ماذهبت إليه محكمة تمييز دبي على ماقضت به المحكمة الاتحادية العليا، ونرى أنه لايعد من العودة عن عقيدتها الأخذ بجواز الجمع بين الدية والتعويض عن الأضرار الأدبية سواء أكان التعويض للمصاب - وهو الذي تطبقه فعلاً- أو للورثة.

رابعاً: مدى صحة رفض المحكمة الاتحادية العليا الدفع الشكلي الذي أبداه ورثة المطعون ضدهم الأول

دفع المطعون ضدهم الأول (الورثة) بعدم قبول الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ ق ع نقض مدني المقدم من شركة التأمين شكلاً لتقديمه في ٢٤ / ٢ / ١٩٩٦، في حين أن الحكم المطعون فيه صدر حضورياً في حق الطاعنة في ٢٥ / ١١ / ١٩٩٥ متجاوزة بذلك الميعاد القانوني.

وقد ردت المحكمة الاتحادية العليا هذا الدفع بناءً على أنه قد جرى قضاء هذه المحكمة على أن ميعاد الطعن المحدد بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية إنما يبدأ من تاريخ اليوم التالي لإعلان الحكم أو من العلم اليقيني به دون ما اعتداد بوصف الحكم المطعون فيه حضورياً كان أو معتبراً بمثابة ذلك، وأن المقصود بالعلم اليقيني بالحكم هو ذلك

الذي لايتأتى إلا بعلم الطاعن به منطوقاً وأسباباً حتى يكون على بينة بما يكون قد لحق هذه الأسباب من عوار يرى أنه يصلح هدفاً لأسباب طعنه، وإذا لم يقم دليل على أن الطاعنة قد أعلنت بالحكم كاملاً قبل انقضاء الميعاد المحدد بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية أو أنها علمت به منطوقاً وأسباباً بأي طريق آخر فإن الدفع يغدو حرياً بالرفض.

والواقع أن قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٣ وضع بالنسبة لمواعيد الطعن في الأحكام قاعدة عامة، فقد نصت المادة ١٥٢ منه على أنه: "١- يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من اليوم التالي لتاريخ صدوره إذا كان حضورياً ومن تاريخ اليوم التالي لإعلان المحكوم عليه إذا كان بمثابة الحضوري مالم ينص القانون على غير ذلك".

وقد أوضحت المادة ٥٢ معنى كون الحكم حضورياً بقولها : "١- إذا حضر المدعى عليه في أية جلسة أو أودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك".

فبجمع الفقرة الأولى من المادة ١٥٢ والفقرة الأولى من المادة ٥٢ يكون الحكم في مواجهة الطاعن حضورياً، ويبدأ حساب التاريخ للطعن فيه من اليوم التالي لصدوره إذا كان حضورياً وتاريخ اليوم التالي لإعلان المحكوم عليه إذا كان بمثابة الحضوري. والطعن بالاستئناف يكون ثلاثين يوماً وفقاً للمواقيت التي ذكرتها المادة ١٥٩ من قانون الإجراءات المدنية [1].

(١) انظر د. نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، رقم ١٤٣، ص٢٩٨. والمادة ١٥٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي تتطابق مع المادة ٢١٣ من قانون المرافعات المصري.

أما إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة، وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته، فإن الميعاد يبدأ من اليوم التالي لتاريخ إعلان الحكم (المادة ١٥٢ / ٢ إجراءات مدنية). ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه أو محل عمله (المادة ١٥٢ / ٣ إجراءات مدنية) ويجري الميعاد في حق من أعلن بالحكم (المادة ١٥٢ / ٤ إجراءات مدنية)[١] .

والأصل أن تبدأ مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ صدورها، والاستثناء أن تبدأ من تاريخ إعلانها. والاستثناءات التي قررتها المادة ١٥٢ قد جاءت على سبيل الحصر وجزاء عدم مراعاة المواعيد سقوط الحق في الطعن [٢] .

والمدد في هذه المواعيد مدد سقوط، أي يترتب على عدم الالتزام بالطعن فيها سقوط الحق. وتخضع الحالات الاستثنائية في المادة ١٥٢ لحساب بدء الميعاد من تاريخ الإعلان، بالحكم فيما لو تخلف المحكوم عليه عن الحضور في جميع الجلسات ولو كان إعلانه صحيحاً. كما يجب لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون المتخلف عن الحضور هو المحكوم عليه ومن في حكمه، ولايمكن اعتبار المدعي مخاطباً بالمادة ١٥٢ / ٢، فالحكمة من هذه المادة وهي افتراض الجهل بقيام الخصومة لاتتوافر في جانب المدعي[٣] .

وإذا كان ماقلناه يمثل القاعدة العامة، إلا أن المشرع الإماراتي لم يكتف بذلك، بل

---

(١) د. أحمد أبو الوفا التعليق على نصوص قانون المرافعات، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٤، سنة ١٩٨٤، ص٨٠٧.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص٨٠٨. ونظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٥، رقم ٤٥١، ص٨٢٩ ومابعدها. كذلك د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص٢٩٦ ومابعدها. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط٨، سنة ١٩٨١، رقم ٣٧٤ ومابعدها، ص٨٦٣ ومابعدها.

(٣) د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص٢٩٤.

وضع نصاً خاصاً للطعن في الأحكام بالنقض، فنص في المادة ١٧٦ على أن: " ميعاد الطعن بالنقض ثلاثون يوماً من تاريخ اليوم التالي لإعلان الحكم أو العلم اليقيني به مع مراعاة المادة ١٧٤" . وهذا النص قد خرج به المشرع عن القواعد العامة، وخالف به مسلكه في اقتباسه لنصوص الطعن من القانون المدني المصري. فهو هنا لايجعل حساب الميعاد من وقت صدور حكم الاستئناف وإنما من تاريخ اليوم التالي لإعلان الحكم أو من العلم اليقيني. ويقصد هنا بالإعلان أن يقوم الطرف الآخر المحكوم عليه بإعلان المحكوم عليه، أو أن يتعدد المدعى عليهم في الخصومة فيقوم أحدهم، حتى ولو كان من المحكوم عليهم سواء بالتضامن أو التضام، بإعلان المحكوم عليهم الآخرين في الدعوى.

أما العلم اليقيني فالمقصود به هنا أن يقوم الطاعن بسحب صورة من الحكم من قلم الاستئناف ، أو أن يقوم الطرف المحكوم له بطلب تنفيذ الحكم الاستئنافي ضد المحكوم عليهم (مادة ١٧٥ إجراءات مدنية) ، فيتحقق للمحكوم عليهم العلم اليقيني بالضرورة.

وتفسير القضاء لنص المادة ١٧٦ أنه لايبدأ ميعاد الطعن إلا بالطرق التي ذكرنا؛ وذلك لأن المقصود بالعلم اليقيني المعتد به في قضائه ذلك الذي لايتأتى إلا بعلم الطاعن به منطوقاً وأسباباً حتى يكون على بينة بما يكون قد لحق هذه الأسباب من عوار يرى أنه يصلح هدفاً لأسباب طعنه [1] . هذا المفهوم هو الساري أمام المحاكم في دولة

(١) الحكم محل التعليق، طعن رقم ٧٤ لسنة ١٨ ق. ع نقض مدني.

الإمارات[1] . فإذا كان الموعد لايتم سريانه إلا بإعلان الطاعن بالحكم، فمعنى ذلك أن من الممكن للطاعن أن يستمر أمداً طويلاً قد يكون سنوات، ثم يسحب نسخة من الحكم باعتباره قد تم إعلانه وعلمه به من هذا الوقت فقط. وهذا الأمر يعد شذوذاً من شواذ العلم القانوني لربما لم ينتبه المشرع إلى الإشكالية التي أثيرت فيما بعد في المحاكم بسببه، من جراء تطبيقها الحرفي للنص، سواء أكان الطاعن بالنقض مستأنفاً أو مستأنفاً ضده، وقد أحدث هذا عدم استقرار للأحكام، بل وقد يحتم على محكمة الاستئناف أن تحتفظ بالأحكام لديها سنين طويلة حتى إذا مافكر الخصم بالطعن قام بإعلام نفسه عن طريق سحب الحكم فيتحقق العلم اليقيني أو يعلن من قبل الغير.

وهذا الأمر يخالف القاعدة بأن مدد المواعيد هي مدد سقوط، وبالتالي يجب

---

(١) انظر أيضاً حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٤ لسنة ١٥ القضائية، جلسة ٦ إبريل ١٩٩٣، مدني منشور في مجلة العدالة، العدد ٧٨، السنة ٢١، إبريل ١٩٩٤، ص٤٥ ومابعدها.

وكذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا الآتي: " بأن المادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية رقم ٩٢/١١ تنص على أن " ميعاد الطعن بالنقض ثلاثون يوماً من تاريخ اليوم التالي لإعلان الحكم أو من العلم اليقيني به، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أنها خلت مما يفيد إعلان الطاعنة بالحكم المطعون فيه أو قيام الدليل على علمها اليقيني به أسباباً ومنطوقاً ومن ثم فإن ميعاد الطعن بالنقض يكو ن مفتوحاً ". الطعنان رقما ١٠٥ .١٦٨ لسنة ١٨ القضائية، جلسة ١٩٩٧/١/١٢، منشور بمجلة العدالة، العدد٩١، السنة٢٤ يوليو ١٩٩٧، أبوظبي، صفحة ٢٥ ومابعدها. كذلك أحكام محكمة تمييز دبي: انظر طعن بالتمييز رقم ١٠٤ لسنة ١٩٩٦حقوق، جلسة ١٩٩٦/٧/٢٠، غير منشور. وكذلك طعن بالتمييز ، دبي، رقم ١٢٩، لسنة ١٩٩٥، حقوق، جلسة ١٩٩٦/١/٢١، وقد جاء فيه الآتي: " إن ميعاد الطعن بطريق التمييز لايبدأ سريانه إلا من اليوم التالي لإعلان الطاعن بالحكم المطعون فيه إعلاناً قانونياً صحيحاً، فإذا لم يكن قد أعلن به فإن الميعاد لايسري إلا بدءاً من تاريخ علمه به علماً يقينياً أياً كانت الوسيلة التي علم بها، ولايكفي لثبوت هذا العلم حضوره بجلسات المرافعة السابقة على جلسة النطق به ولو كانت الأخيرة التي حجزت فيها الدعوى للحكم، لأن حضوره في هذه الجلسات لايفيد بطريق اللزوم العلم اليقيني بالحكم الذي ينفتح به ميعاد الطعن". انظر كذلك طعن بالتمييز، دبي، رقم ٣٣٧، لسنة ١٩٩٥، حقوق ، جلسة ١٩٩٦/٤/٢١م، غير منشور.

الانتهاء منها بشكل لايؤدي إلى عدم استقرار الأحكام والأوضاع الناتجة عنها.

وسلوك هذا الطريق يعتبر من الحيل القانونية والحيل الشرعية، بالاحتيال على تطبيق ماهو واجب ومشروع، وهو منهي عنه ومناقض للشرع والنظام العام، بحيث يقدم المحتال عملاً ظاهر الجواز لإبطال حكم قانوني وشرعي أو تحويله في الظاهر إلى حكم مغاير. يقول الإمام الشاطبي في تعريف الحيلة :" وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فحال العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"[1].

والاحتيال الذي يعتمد أمراً ظاهر الجواز، لتحقيق مصلحة غير مشروعة، بتحليل محرم أو إسقاط واجب، هو عين التعسف؛ لما فيه من مناقضة قصد المحتال للقصد الشرعي، لأن القصد غير الشرعي في الحيلة هادم للقصد الشرعي[2].

وكذلك يعد التطبيق لنص المادة (١٧٦إجراءات مدنية اتحادي) والتمادي فيه من قبل الطاعن بالنقض تعسفاً في استعمال الحق في حالة تباطئه في التقاضي في هذه المرحلة، بحيث يترك الزمن يمر اعتماداً على أنه لايسقط حقه في الطعن بالنقض مادام لم يعلم علماً يقينياً ولم يعلن عن طريق غيره. ففكرة التعسف في الحق ليست في حقيقتها إلا مشكلة تحديد مدى استعمال الحق، وما الحقوق التي تمنح للأشخاص إلا وسائل لتحقيق غايات معينة، فإذا سلمنا بذلك فإنه يسهل القول بأن على صاحب الحق أن يراعي في استعمال حقه حدود غايته التي شرع وقرر من أجلها. ومن ثم يمكن

---

(١) الموافقات للشاطبي، ج٤، ص٢٠١. انظر كذلك الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، ص٢٨٢.

(٢) د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٢، سنة ١٩٧٧، ص٢٠٢ ومابعدها.

القول بأن التعسف في استعمال الحق يمثل انحرافاً عن غاية الحق ذاته [1].

وبالتالي فيدخل استعمال حق التقاضي في رفع الدعوى أو استئنافها أو بالطعن في الحكم بالنقض تحت تطبيق نظرية التعسف، في حالة اقتران رفع الدعوى أو الطعن في الحكم بخطأ مقدر وفقاً للقواعد العامة في التقدير مع توافر جسامة الضرر الذي ترتب على الإجراء الذي اتخذه الخصم. وعلى متخذ الإجراء أو من يريد اتخاذه أن يكون أشد يقظة وأكثر حذراً، كلما كان الإجراء الذي يقدم على اتخاذه من شأنه أن يُلحق بخصمه ضرراً أفدح[2].

وتشمل أحكام التعسف جميع أنواع الحقوق بالمعنى الدقيق، أو الحقوق التقديرية، أو الحقوق المجردة، أو غير المسببة وهي التي ترك استعمالها لرقابة القضاء. الأمر الذي يعصم أصحاب هذه الحقوق من أي حد لاستعمالها أو أي مسؤولية تتولد عن هذا الاستعمال. فهذه النصوص قد بسطت فكرة التعسف على كل حق بشكل عام ومطلق، حتى تمنع على من يستعمل حقه بتعسف الإفادة من فعله[3]. وهنا يعتبر حق الطاعن الذي ترك الزمن يمر طويلاً ثم بعد ذلك تم له العلم اليقيني وفقاً لمفهوم القضاء وإن كان حقاً له إلا أنه يستعمله بطريقة تعسفية. والقواعد العامة في القانون والفقه

---

(١) نقلاً عن الأستاذ الدكتور علي نجيدة، المدخل للعلوم القانونية وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثالث، نظرية الحق، ١٩٩٤، ص٤١١-٤١٢.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة، سنة١٩٧٨، رقم ٢٥٥، ص٥٢١. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط لنظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج١، سنة ١٩٥٢، رقم ٥٦٣، ص٨٤٨ ومابعدها. وكذلك الوسيط، ج٢، العمل الضار والإثراء بلا سبب والقانون، ط٣ بتنقيح مصطفى الفقي وعبدالباسط جميعي، سنة ١٩٨١، فقرة ٥٦٣، ص١١٨٧ ومابعدها. د. حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، ١٩٧٩، رقم ٢٥٧١-٢٥٩، ص٣٤٣-٣٤٦.

(٣) د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص٤٢٥.

تؤيد قولنا بوجود التعسف وتؤكده، ومن ذلك: ١- قاعدة لاضرر ولاضرار ٢- الضرر يزال ٣- الضرر لايزال إلا بمثله (المادة ٤٢ معاملات مدنية). وأصل هذه القاعدة هو قول النبي صلى الله عليه وسلم "لاضرر ولاضرار"[١].

والضررالمنهي عنه في الحديث، إما أن يكون واقعاً أو متوقعاً، فإذا كان واقعاً، فهو غير مشروع الإبقاء فتجب إزالته، سواء أكان ناشئاً من فعل غير مشروع في الأصل، أم عن فعل مشروع. وإن كان متوقعاً وجب دفعه؛ لأن دفع الضرر قبل الوقوع أولى من رفعه وإزالته بعد الوقوع، ولذا وضع الفقهاء قاعدة بدفع الضرر بقدر الإمكان[٢].

وإذا كان هذا الأمر بالنسبة للشخص الذي كان مدعى عليه أو مستأنفاً ضده فقط، إلا أنه وبكل الأحوال لايجوز أن يشمل نص المادة ١٧٦ من قانون المرافعات الشخص المستأنف أو المدعي بأن يتقاعس عن الإعلان، بأن يصدر الحكم كما هو في القضية محل التعليق في ٢٥ / ١١ / ١٩٩٥ ثم يقوم بالطعن في ٢٤ / ٢ / ١٩٩٦ ادعاءً بأن المستأنف لم يعلن إلا في ٢٨ / ١ / ١٩٩٦ اعتماداً على تفسير القضاء للنص تفسيراً غير سديد. فهنا التعسف في استعمال الحق -إذا اعتبرناه حقاً تجوزاً في هذه الحالة- واضح، حيث إنه كان مستأنفاً ولاحكمة لأن يعتبر المستأنف مخاطباً بالمادة ١٧٦ من قانون الإجراءات المدنية، إذ الحكمة وهي افتراض الجهل بقيام الخصومة لاتتوافر في جانب المستأنف.

ورغم قناعتنا بأن هذا الفرض يدخل ضمن تطبيقات نظرية التعسف بوجه عام، إلا

(١) راجع سند هذا الحديث في جامع العلوم والحكم لابن رجب، ص٢٦٥ نقلاً عن د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص٢٢٧.

(٢) د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص٢٢٧-٢٢٨.

أن المشرع الإماراتي قد حدد أربعة معايير للتعسف نصت عليها المادة ١٠٦ من قانون المعاملات المدنية بقولها : "١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع :

أ- إذا توافر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الآداب.

ج- إذا كانت المصالح المرجوة لاتتناسب مع مايصيب الآخرين من ضرر.

د- إذا تجاوز ماجرى عليه العرف عادةً".

وقد استقر القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن المعايير الأربعة المذكورة في المادة السابقة قد وردت على سبيل الحصر. وفي هذا المعنى قررت محكمة تمييز دبي أن: «الحقوق ليست وسائل في ذاتها دون غاية معينة وإنما هي وسائل لتحقيق مصالح، فإنه يتعين عند استعمال الحق التقيد بتحقيق مصلحة معينة، وأن تكون هذه المصلحة مشروعة وجدية، ومن ثم يعد استعمالاً تعسفياً للحق انتفاء المصلحة من استعماله أو تفاهة هذه المصلحة أو عدم مشروعيتها، وهو ما قننته المادتان ١٠٤ و١٠٦ من قانون المعاملات المدنية، ومؤداهما -وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة- أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لايضمن ماينشأ عن ذلك من أضرار، وأن ثمة أربعة معايير للاستعمال غير المشروع للحق بما يصدق عليه وصف التعسف"[1].

---

(١) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٩٣ لسنة ١٩٩٣، حقوق، جلسة ٢٥ ديسمبر١٩٩٣، منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد الرابع يونيو ١٩٩٦، رقم ١٦٣، ص٩٥٥ ومابعدها. وذات المجموعة، الطعن رقم ٨٠ لسنة ١٩٩٣، حقوق ، جلسة ٢٣ مايو ١٩٩٣، رقم ٩٤، ص٥٤٦ ومابعدها.

ويصعب في الواقع إدراج الفرض الذي نحن بصدده ضمن أحد هذه المعايير الأربعة، ومن ثم يصعب اعتباره تعسفاً في ضوء نص المادة ١٠٦ معاملات مدنية الحالي.

تم بحمد الله تعالى؛؛؛

□□□

Abstract

Compensation For the Demise of Employee

prepared by

Dr. Jasim Ali Alshamsi
Assistant Professor Civil Law
Faculty of Sharia & Law United Arab Emirates

As per the Provisions of the Labour Law and the Legislations specifying the Liability for the Harmful Act & Blood Money (Diyah).

Comments on the judgment passed by Sharjah Civil Court of First Instance on 31.5.1995 in the lawsuit No: 215 for the year 1993, the judgment passed by Sharjah Federal Court of Appeal on 15.11.1995 in the appeals No: 16, 168 and 178 for the year 1995 and the judgment of the federal Supreme Court on 8.10.1996 in the Objection No: 74 for the year 18- cassation- Civil.

Our comments on the judgments we referred to: The judgment by the Court of First Instance, the Judgment by the Court of Appeal and the judgment by the Federal Supreme Court may be confined in some points: first whether the reason of the damage is attributed to the defendant or the injured party. Secondly: whether it is permissible to join between the due compensation as per the law and the blood money (diyah). Thirdly whether it is permissible to join between the blood money (diyah) and the moral damages. Forthly the extent of the objection by the Federal Supreme Court to the form of the plea raised by the heirs of the First Respondent.

□□□

بسم الله الرحمن الرحيم

أصناف المدنيين الحربيين وحكم قتلهم حال اعتزالهم الحرب

إعداد

الدكتور حسن عبدالغني أبو غدة *

* أستاذ مشارك بقسم الدراسات الإسلامية في كلية التربية بجامعة الملك سعود بالرياض.



المقدمة: نبذة عن البحث :

التعريف بالموضوع : استقرَّ مصطلح «المدنيين» في علم العلاقات الدولية المعاصرة على مفهوم خاص محدَّد، وهذه الدراسة تهدف إلى تخريج هذا المصطلح فقهياً، وتأصيله، وتحديد مفهومه، من خلال المترادفات والألفاظ الفقهية التي تناظره وتقابله، والتي اشتملت على بيان أصناف هؤلاء «المدنيين».

كما تهدف هذه الدراسة إلى بيان حكم قتل «المدنيين» حال اعتزالهم أماكن القتال، وعدم اشتراكهم في الحرب، بأي صورة: حقيقية أو معنوية.

كما تُبين هذه الدراسة، ماقد يترتب على قاتل «المدنيين» من مسؤولية «جزائية» أو «مدنية» أو «دينية»[1]. كل ذلك في ضوء الأدلة والأقوال والمذاهب الفقهية.

أهمية الموضوع: تبدو أهمية هذا الموضوع من عدة وجوه، منها:

أولاً: إن مصطلح «المدنيين» كثير التداول في عصرنا الحاضر؛ لذا كان من المهم تأصيله وتخريجه على مايقابله من اصطلاحات ومفاهيم فقهية، وبيان مدى تطابقه مع الاجتهادات الفقهية المذهبية والفردية.

ثانياً : هذه الدراسة تعالج العديد من الوقائع التي تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها؛ لما يقع فيها من إزهاق أرواح «مدنيين» يقتلون في حَمَأة الحرب، مع أنهم بعيدون عن الانغماس فيها!.

ثالثاً : هذه الدراسة مهمة لما فيها من إبراز سبق الشريعة الإسلامية في

---

(١) يُقصد بالمسؤولية الجزائية: استيفاء القصاص أو التعزير ممن يستحقه، وبالمدنية: الضمان المالي من دية وغيرها، وبالدينية: الإثم والمؤاخذة الشرعية.

العناية «بالمدنيين» حال الحرب، وإحاطتهم بأحكام خاصة تحرم المساس بهم والاعتداء عليهم، فضلاً عما في هذه الدراسة من بيانٍ لمدى التزام المسلمين بتلك التوجيهات السامية في ساحات القتال، مع الإشارة إلى ماعليه حال «المدنيين» عند غير المسلمين في القديم والحديث.

رابعاً: هذا الموضوع لم يبحث -فيما أعلم- في دراسة مُفردَة، ولم يكتَب فيه وحدَه، ولم تُجمع أطرافه، لا في الماضي، ولا في الحاضر، بل ظلَّت أقوال الفقهاء ومذاهبهم فيه، وأدلتهم ومناقشاتهم متفرقة في الكتب، ولاتزال كذلك في المؤلفات الحديثة في العلاقات الدولية، إذْ اقتصرت على الإشارة إلى الموضوع في سطور معدودة، لاتعطي «انطباعات» تامة عن نظرة الفقه الإسلامي إلى هذا الأمر.

منهج البحث وطريقته:

اتبع في هذا البحث المنهج العلمي المؤدي بنفسه إلى معرفة الحقائق، وهو تتبع الأدلة والوقائع العملية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الصحابة والتابعين، واستقراء الأقوال الفقهية، الفردية والمذهبية، المندثرة والباقية، ثم دراستها وتصنيفها -في طريقة متجانسة- ثم موازنتها ببعضها، واختيار ماله مؤيدات أقوى.

وقد التزمتُ توثيق المعلومات من مصادرها، وأسندت الأقوال الفقهية وغيرها إلى أصحابها أو ناقليها، والتزمت -غالباً- بنقل الأقوال الفقهية من كتبها المذهبية المعتمدة، وقد أعزو في المسألة الواحدة إلى أكثر من كتاب في المذهب الواحد، للوفاء بتمام المسألة المعزوَّة.

وراعيت في العزو إلى كتب المذاهب الفقهية التسلسل الزمني لوجود هذه المذاهب، وربما أقدم المرجع الأكثر استيفاء للعبارة المذكورة، ثم الذي يليه.... مكتفياً باسم الكتاب -غالباً- والموضع المراد فيه، مع أنني سأذكره ومؤلفه وطبعته بالتفصيل، في فهرس خاص بالمراجع.

هذا، وقد اعتمدت في هذا البحث على كتب التفسير، وكتب السنة وشروحها، وكان جل الاعتماد على كتب الفقه المذهبية والمقارنة، كما كان من المهمّ الرجوع إلى كتب السيرة النبوية والتاريخ الإسلامي، فضلاً عن كتب اللغة، وبعض الكتب العصرية ذات الصلة.

هذا، وقد اقتضى البحث أن تكون أجزاؤه على النحو التالي:

التمهيد: وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في بيان مفردات عنوان البحث.

المبحث الثاني: في حكم قتل المقاتلين الحربيين.

فصل: في تحديد أصناف المدنيين وبيان حكم قتلهم حال اعتزالهم الحرب.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في بيان الأصناف المجمع على كون ذويها مدنيين يحرم قتلهم في الحرب.

المبحث الثاني: في بيان الأصناف المختلف في كون ذويها مدنيين يحرم قتلهم في الحرب.

المطلب الأول: الاتجاه الفقهي الأول: في حصر مفهوم المدنيين في النساء والصبيان

والرسل فقط.

المطلب الثاني: الاتجاه الفقهي الثاني: في اعتبار عامة الناس الذين لايتأتى منهم القتال مدنيين وبيان أصناف هؤلاء والأدلة الواردة في منع قتلهم.

المبحث الثالث: في بيان الحكم الشرعي فيمن قتل مدنياً معتزلاً الحرب.

المبحث الرابع: في الموازنة والترجيح بين أقوال الفقهاء في تحديد المدنيين .

الخاتمة: في بيان أهم معالم ونتائج هذا البحث.

التمهيد وفيه مبحثان:

المبحث الأول
في بيان مفردات عنوان البحث

أولاً: المراد بالمدنيين:

المدنيون في اللغة: جمع مدنيّ، نسبة إلى مدينة[1]، ويراد بهم في علم العلاقات الدولية: الذين لايمارسون الأعمال الحربية، وينبغي للعدو احترامهم[2].

ويُطلق عليهم في الفقه الإسلامي: غير المقاتلين، وغير المُقاتلة (بضم الميم وكسر التاء) وغير المحاربين[3]، ومن يحرم قتله من الكفار[4]، ومن لايحلُّ قتله من الكفرة الحربيين[5].

وهكذا يلتقي -إجمالاً- من حيث الدلالة المعنيان الفقهي والقانوني، مع العلم أن هناك وجهات نظر مختلفة عند الفقهاء وعند القانونين، فيمن يشمله -حال التطبيق- هذا المعنى من أصناف الناس، كماسيأتي.

ثانياً: المراد بالحربيين:

الحربيون: جمع حربيّ، نسبة إلى دار الحرب، وهي: البلاد التي يغلب فيها حكم

(١) الصحاح: مادة: «مَدَنَ».

(٢) القانون الدولي العام للدكتور البشير، ص٤٣٤.

(٣) شرح السير الكبير ٤١/١-٤٢ ومنح الجليل ٧١٤/١ والأم ٢٤٠/٤ والمغني ١٧٨/١٣ والمحلى ٢٩٦/٧.

(٤) أسنى المطالب ١٩٠/٤ والإنصاف ١٢١/٤.

(٥) بدائع الصنائع ١٠١/٧-١٠٢ والإقناع ٩/٢.

الكفار، وبينها وبين المسلمين حرب[1]، فأهل تلك البلاد هم الحربيون.

ولايلزم من وصف الواحد من تلك البلاد: بأنه حربي، أنه مقاتل ومحارب، إذ ليس كل حربي مقاتلاً، وذلك كالنساء والصبيان ونحوهم من «المدنيين».

هذا، وكان من الضروري في عنوان هذا البحث تقييد لفظ «المدنيين» بالحربيين ووصفهم بذلك؛ ليصير العنوان جامعاً، ومانعاً من أن يدخل تحته «المدنيون» البغاة والذميون والمعاهدون..

هذا، ولأن موضوع البحث هو في «المدنيين الحربيين» دون غيرهم، فقد أكتفي -أثناء الكتابة- بذكر لفظ «المدنيين» من غير وصفهم بالحربيين، اختصاراً للكلام المعهود في عنوان البحث.

ثالثاً: المراد بالحكم:

يراد بالحكم هنا: أثر خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، على سبيل الوجوب أو الندب أو الإباحة أو الحرمة أو الكراهة[2]. وفي ضوء هذا التعريف، ومن خلال دراسة مادة هذا البحث وموضوعاته ومعطياته، يمكن التوصل إلى القول بأن: قتل « المدنيين» الحربيين حال الحرب مشروع في الفقه الإسلامي، على تفصيل فيه -يأتي بيانه- أو غير مشروع على تفصيل فيه أيضاً.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٢٥٣/٣ والإنصاف ١٢١/٤.

(٢) الإحكام للآمدي ٩٦/١.

رابعاً: المراد بالقتل:

للقتل معانٍ لغوية عدة، ويراد به هنا: مصدر الفعل الثلاثي قَتَلَ: أمات[1]، وهو في الفقه: فعل من العباد تزول به الحياة[2].

خامساً: المراد بالاعتزال:

هو في اللغة: الابتعاد والتنحّي[3]، أما في الفقه: فاعتزال الحرب، يعني: الامتناع -حقيقة وحكماً- من المشاركة فيها، ولو برأي أو تدبير أو مال أو تحريض[4]. وهو أيضاً عدم اختلاط المدنيين بالمقاتلين حال الإغارة عليهم، وعدم كونهم تروساً للمقاتلي[5].

وبناءً على هذا: فالبحث -بحسب عنوانه- لايعالج قضية قتل المدنيين الحربيين المشتركين في الحرب، أو المختلطين بمقاتليهم سواء حال الإغارة على المقاتلين، أو حال تترس المقاتلين بهم، بل يعالج موضوع قتلهم حال عدم اشتراكهم في الحرب، وحال عدم اختلاطهم بالمقاتلين.

سادساً: المراد بالحرب:

يُراد بلفظ الحرب -في العنوان- القتال بين فئتين[6]، وهما في هذا البحث: المسلمون والحربيون؛ وذلك لامتناع الحرب شرعاً بين المسلمين أنفسهم، وبينهم وبين

---

(١) القاموس المحيط والمعجم الوسيط: مادة: «قَتَل».

(٢) نتائج الأفكار ١٣٧/٩.

(٣) المعجم الوسيط: مادة: «عزله».

(٤) بدائع الصنائع ١٠١/٧ والمغني ١٤١/١٣.

(٥) فتح القدير ١٩٧/٥-١٩٨ والمغني ١٤٠/١٣-١٤١.

(٦) المعجم الوسيط: مادة: «حَرَبَ».

الذميين والمعاهَدين ونحوهم، طيلة التزامهم بالمعاهدات والمواثيق[1] .

المبحث الثاني
في حكم قتل المقاتلين الحربيين

الحرب ظاهرة اجتماعية مُرَّة واقعة بين البشر في كل زمان، كما يؤكد التاريخ القديم[2] ، والتاريخ الحديث[3] ، وكما هو مشاهد في عصرنا، وقد شرع الله تعالى الجهاد لإعلاء كلمته وحماية المسلمين ودعوتهم، قال الله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا إن الله لايحب المعتدين﴾[4] .

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية قتل المقاتلين الحربيين الذين يشتركون في الحرب ضد المسلمين، أو يعينون فيها عليهم، ولو برأي أو تدبير أو بمال[5] ، وذلك لدفع ضررهم وإزالة مفسدتهم[6] .

وهذا الحكم يشمل -كما ذكر الدكتور الزحيلي- من يُسمَّوْن حديثاً بالقوات النظامية لجيش العدو، والقوات غير النظامية، كالمتطوعين، والمقاومة الشعبية «المليشيات» ونحوها، ويشمل رئيس الدولة، والمستشارين العسكريين، والأطباء، والصيادلة، والممرضين، ورجال البريد، ونحوهم من أصحاب النشاطات والوظائف

(١) الذميون: المواطنون غير المسلمين في الدولة الإسلامية، والمعاهَدون: غير المسلمين من مواطني الدول التي بينها وبين المسلمين معاهدات، انظر: الأم ١٨١/٤ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٤٧٩.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص٤٧٩.

(٣) تاريخ أوربا في العصر الحديث لِفشَر ص ٢٥و٣٠و١٨٠.

(٤) سورة البقرة/ ١٩٠ ومعنى هذه الآية: قاتلوا المقاتلين من العدو، كما سيأتي قريباً.

(٥) الدر المختار وردّ المحتار ٢٢٥/٣ ومنح الجليل ٧١٤/١ والأم ٣٣٨/٤ و٣٣٩ والإنصاف ١٢٨/٤-١٢٩.

(٦) جواهر الإكليل ٢٥٣/١.

ذات الصبغة العسكرية ؛ لأن رئيس الدولة يقوم بتقوية الروح المعنوية للجيش ، فهو محارب ، والمستشارون العسكريون محاربون ، لأن الحرب كما تحتاج إلى مضاء الأسلحة وقوة عزائم الجند ، تحتاج في الأكثر إلى رسم الخطط والتوجيهات الحربية ، أما الأطباء ، والممرضون ، والصيادلة ، ورجال البريد العسكريون ونحوهم ؛ فإنهم يقدّمون خدمات جلّى للمحاربين ، فيعود الصحيح منهم إلى المعركة ثانياً ، فيزيد من قوة العدو[1] .

وقد ذهب القانون الدولي العام إلى نحو هذا ، وذلك حين اعتبر من المحاربين كلاً من رئيس الدولة ، والمستشارين ، والأطباء ، والممرضين العسكريين ، ونحوهم ممن يُقدّم خدمات للمحاربين ، وأوجب لهم المعاملة التي يلقاها أسرى الحرب[2] .

فصل
في تحديد أصناف المدنيين
وبيان حكم قتلهم حال اعتزالهم الحرب

يتضح من خلال تتبع كتابات الفقهاء أن بعض الأصناف من الناس متفق على احتسابها «مدنيين» . وبعضها الآخر مختلف في احتسابها في عداد «المدنيين» وبيان هذا على النحو التالي :

---

(١) آثار الحرب للدكتور الزحيلي ص٥٠٥ .

(٢) مبادىء القانون الدولي العام للدكتور غانم ص٧٤٠ .

المبحث الأول
في بيان الأصناف المجمع
على كون ذويها مدنيين يحرم قتلهم في الحرب

اتفق الفقهاء على تحريم قتل الرسل[1] (المبعوثين الدبلوماسيين) وعلى تحريم قتل النساء والصبيان[2]، والمجنون[3]، والخنثى[4]، وذلك إذا لم يشتركوا في الحرب. وسيتركز الكلام هنا على الأصناف الثلاثة الأولى (الرسل والنساء والصبيان) لقلة الصنفين الأخيرين (المجنون والخنثى)، اللذين ذكرا من باب الاستيعاب والإحاطة بالأحكام.

أولاً: دليل تحريم قتل الرسل:

روى نعيم بن مسعود رضي الله عنه في حادثة المرتدَّيْن: ابن النواحة وصاحبه، اللذَيْن أوفدهما مسيلمة مبعوثَيْن إلى النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال لهما: «لوْلا أن الرسل لا تُقْتَل؛ لضربت أعناقكما»[5]. قال العلماء: ومضت السنة أن الرسل لاتقتل[6].

---

(١) روضة الطالبين ٢٤٤/١٠ وزاد المعاد ٧٥/٢و٣٢/٣ والبحر الزخار ٣٩٨/٦.

(٢) الدر المختار ورد المحتار ٢٤٤/٣ وبداية المجتهد ٣٨٣/١ ومنهاج الطالبين وشرحه للمحلى ١٨١/٤ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨.

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٢٢٤/٣ ومنح الجليل ٧١٤/١ ومنهاج الطالبين وشرحه للمحلى ٢١٨/٤ والإنصاف ١٢٨/٤-١٢٩.

(٤) منهاج الطالبين وشرحه للمحلى ٢١٨/٤ ومطالب أولي النهى ٥١٧/٢.

(٥) أخرجه أبو داود في السنن وسكت عنه المنذري كما في عون المعبود ٢٤٢/٧ وأخرجه الحاكم في المستدرك ٥٣/٣ وابن كثير في البداية ٥٢/٥ وسكت عنه.

(٦) زاد المعاد ٧٥/٢و٣٢/٣.

والحكمة في هذا: أن الرسل هم مفاتيح العلاقات بين الدول، وهم وسائطها وأدواتها في حل الخلافات وتنمية الصلات، فضلاً عن أن قتلهم ضرب من ضروب الغدر؛ لذا كان من الضروري صيانتهم من الاعتداء عليهم، وتجنب قتلهم، ولو في حالة الحرب.

ثانياً: أدلة تحريم قتل النساء والصبيان:

استدل الفقهاء على تحريم قتل النساء والصبيان حال الحرب إذا لم يقاتلوا حقيقةً أو معنىً بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وذلك على النحو التالي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا﴾[1] أي: لاتعتدوا في قتل النساء والصبيان وأشباههم، كما قال ابن عباس -رضي الله عنهما- ومجاهد وعمر بن عبدالعزيز[2]، وبهذا الدليل احتج الثوري والأوزاعي[3]، والحنفية والمالكية والحنابلة[4].

وقال بعض السلف ومنهم الربيع بن أنس وعبدالرحمن بن زيد: إن هذه الآية منسوخة بالآية: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾[5] وبالآية: ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾[6]. لكنَّ المحققين من العلماء قالوا: إنها محكمة غير منسوخة[7]، ولاتعارض بينها وبين الآيتين المذكورتين؛ لأنهم أُمروا بقتل المشركين حيث

---

(١) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢.

(٣) بداية المجتهد ٣٨٤/١.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٣٢٠/١ وبداية المجتهد ٣٨٤/١ ومجموع الفتاوى ٣٥٤/٢٨.

(٥) سورة التوبة/٥.

(٦) سورة التوبة/٣٦.

(٧) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٢/١ والتحرير والتنوير ٢٠٠/٢-٢٠١.

وجدوهم، ممّن قاتلوهم أو أعدوا أنفسهم للقتال، أما من ليس كذلك ممن لامقاتلة منه عادة كالنساء والصبيان فلا يقاتلون...»[1].

الدليل الثاني: حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن امرأة وُجدت في بعض مغازي[2] النبي صلى الله عليه وسلم مقتولة، فأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل النساء والصبيان»[3].

وهذا الحديث من أهم مااستدل به فقهاء المذاهب[4]، بل قال النووي: «أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث، وتحريم قتل النساء والصبيان إذا لم يقاتلوا»[5].

هذا، وتجدر الإشارة إلى ورود أحاديث أخرى كثيرة، فيها نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والصبيان في الحرب[6]؛ وذلك لكونهم (مدنيين) يعتزولن الحرب ولا يقاتلون.

الدليل الثالث: الإجماع: قال ابن الهمام: «وما الظن إلا أن حرمة قتل النساء والصبيان إجماع»[7] وبنحو هذا قال آخرون من الفقهاء[8].

---

(١) زاد المسير ١٩٨/١ وروح المعاني ٧٤/٢.

(٢) أي: فتح مكة كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ١٤٨/٦.

(٣) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان برقم ١١٣٨.

(٤) بدائع الصنائع ١٠١/٧ وبداية المجتهد ٣٨٣/١ وشرح منهاج الطالبين للمحلى ٢١٨/٤ والمغني ١٧٨/١٣.

(٥) شرح صحيح مسلم ٤٨/١٢.

(٦) انظر: فتح الباري ١٤٧/٦-١٤٨ ونيل الأوطار ٢٤٧/٧ وجامع الأصول ٥٨٩/٢و٥٩٢و٥٩٦.

(٧) فتح القدير ٢٠٢/٥.

(٨) القوانين الفقهية ص٩٨ وشرح صحيح مسلم ٤٨/١٢ والمغني ١٧٥/١٣-١٧٧-١٧٩.

الدليل الرابع: المعقول: وقد ذكر الفقهاء وجوهه متداخلة ومجملة، وأعرضها على النحو التالي:

الوجه الأول: ليس من شأن النساء والصبيان -غالباً- مقاتلة المسلمين وإيذاؤهم، وذلك لضعف أجسامهم وخَور نفوسهم واعتزالهم الحرب[1]، وبناء على هذا فإن قتلهم إفساد في الأرض، وليس من غرض الشارع ذلك، وإنما غرضه إصلاح العالم، وذلك يحصل بقتل المقاتلين، والنساء والصبيان ليسوا منهم عادة[2]، لعدم الانتفاع بقتلهم، ولعدم التضرر باستبقائهم، بل استبقاؤهم فيه نفع راجح[3].

الوجه الثاني: إن النساء والصبيان غنيمة للمسلمين، ينتفع بهم حشوة (رقيقاً وخدماً) ومالاً: برقابهم أو بفدائهم عند من يجوّز أن يُفادى بهم، فلا ينبغي إتلافهم بالقتل لهذا المعنى، إذا اعتزلوا القتال ولم يحاربوا[4].

الوجه الثالث: شرع استبقاء النساء -و كذلك الصبيان- لأن ذلك أنفع: لسرعة إسلامهن ورجوعهن عن أديانهن، وتعذر فرارهنَّ إلى أوطانهن، بخلاف الرجال[5].

الوجه الرابع: هو في الصبيان خاصة دون النساء، فهم لايقتلون في الحرب؛ لأنهم ليسوا من أهل العقوبة، ولاتكليف عليهم...[6].

---

(١) المبسوط ٩/٥ وحاشية الدسوقي ١٧٦/٢ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ ومطالب أولي النهى ٥١٧/٢-٥١٨.

(٢) نصب الراية ٣٨٧/٣ وجواهر الإكليل ٢٥٣/١ ومجموع الفتاوى ٣٥٥/٢٨.

(٣) نيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٤) عمدة القاري ٢٦٣/١٤ ونصب الراية ٣٨٧/٣ والشرح الكبير للدردير ١٧٧/٢ والأم ٢٣٨/٤ وحاشية الروض المربع ٢٧١/١٤ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٥) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢.

(٦) تبيين الحقائق ٣٤٥/٣ وأحكام القرآن لابن العربي ١٠٥/١ وفتح الباري ١٤٨/٦ ونيل الأوطار ٢٤٧/٧.

هذا، وإن المتأمل في هذه الوجوه الأربعة يرى أن أولها هو المعوّل عليه في المعقول؛ لأن منع قتل النساء والصبيان مبني على امتناعهم من القتال، بدليل أنهم لو قاتلوا قوتلوا، ولم تنفعهم الوجوه الأخرى من كونهم غنيمة تستبقى... الخ.

موازنة بين الإسلام والأنظمة الأخرى:

من خلال ماتقدم، يُسجَّل للإسلام -في مجال العلاقات الدولية أثناء الحرب مع العدو- سبق تشريعي عالمي كريم سامٍ، يقوم على أسس من العدل والرحمة والفضيلة الإنسانية، ليحكم السلاح ويرشّد استخدامه في ميادين العداوة والغضب والحمية والقتال، على غير ما اعتاده كثير من الأقوياء قديماً وحديثاً، من الاعتداء على النساء والأطفال «المدنيين» وسفك دمائهم، متذرِّعين بأن الحرب هي الحرب، وفيها تصعب السيطرة على النفوس الحانقة حال هيجانها..!

ومن تلك الصور القديمة الخاطئة ما حكاه القرآن على لسان ملكة سبأ: ﴿ قالت إن الملوك إذا دخلوا قريةً أفسدوها وجعلوا أعزة أهلها أذلة وكذلك يفعلون ﴾[1]. أي: هذا سلوكهم المستمر، وتلك عادتهم.

أما في العصر الحديث فالشواهد كثيرة، منها ماوقع في الحربين العالميتين (الأولى والثانية) من اعتداء على المدن الآهلة بالمدنيين، وتدميرها على من فيها من النساء العزّل والأطفال الضعفاء[2].. ومنها الحروب الإقليمية التي قامت بعدئذٍ في البوسنة والهرسك وفي الشيشان وغيرها، وحدثت فيها مآسي «التطهير العرقي» وقتل النساء

---

(١) سورة النمل/٣٤.

(٢) تاريخ أوربا في العصر الحديث لفِشَر ص٢٥و٣٠و١٨٠و٥٠٤و٦٨٣و٦٩٦..

والأطفال.. وجعلهم في «مقابر جماعية».

المبحث الثاني
في بيان الأصناف المختلف في كون ذويها مدنيين
يحرم قتلهم في الحرب

للفقهاء اتجاهان رئيسان في تحديد «المدنيين» الذين يحرم قتلهم في الحرب، وأبرز أصحاب الاتجاه الأول: الشافعية وابن حزم، في حين أن أبرز أصحاب الاتجاه الآخر: الحنفية والمالكية والحنابلة.

هذا، وندرس هذين الاتجاهين في مطلبين اثنين:

المطلب الأول
الاتجاه الفقهي الأول في حَصْر مفهوم المدنيين
في النساء والصبيان والرسل فقط

يرى أصحاب الاتجاه الفقهي الأول: أنه يحرم قتل النساء والصبيان والرسل دون غيرهم، وذلك إذا اعتزلوا الحرب ولم يشتركوا فيها، وبهذا يكون هؤلاء هم «المدنيين» فقط، أما غيرهم -مـمَّن لايشتركون في الحرب- فليسوا «مدنيين» في ضوء نصوص الكتاب والسنة، وهؤلاء يجوز قتلهم في الحرب -ولايجب- مادام في قتلهم مصلحة المسلمين، وهذا القول أحد قولَيْ الإمام الشافعي، وهو الأصَّح عنه[1]، وهو أحد قولي

(١) انظر: شرح صحيح مسلم ٤٨/١٢ وبداية المجتهد ٣٨٤/١ وقارنهما بالأم ٢٣٩/٤-٢٤٠ وسيأتي -في موضعه- بيان قوله الآخر المرجوح.

فقهاء الشافعية والأظهر عندهم[1]، وأحد قولَيْ الإمام أحمد[2]، وإليه ذهب ابن المنذر[3]، وابن حزم الظاهري الذي قال: «ولايحل قتل نسائهم ولاقتل من لم يبلغ منهم، إلا أن يقاتِل أحد ممن ذكرنا.. وجائز قتل من عدا مَنْ ذكرنا من المشركين من مقاتِل أو غير مقاتِل..وجائز استبقاؤهم أيضاً»[4].

أدلة أصحاب هذا الاتجاه:

سبق بيان أدلة تحريم قتل النساء والصبيان والرسل، وأن الإجماع على هذا، أما أدلة جواز قتل غيرهم ممن لا قتال منهم، فهي عند أصحاب هذا الاتجاه على النحو التالي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلُّوا سبيلهم﴾[5].

وجه الدلالة: أن عموم الآية يقتضي قتل كل مشرك مالم يسلم، باستثناء ماخصته الأحاديث الصحيحة الواردة في استبقاء الرسل والنساء والصبيان، أما غير هذه الأصناف فلم ترد فيهم أحاديث صحيحة تحرم قتلهم، فيبقون تحت عموم الآية[6].

هذا، ويبدو أن الذي صرف الأمر بالقتل عن الوجوب -في قوله: ﴿فاقتلوهم﴾ -إلى الإباحة والإرشاد هو قوله تعالى -في الآية نفسها- ﴿وخذوهم واحصروهم﴾ مع أني

---

(١) انظر: منهاج الطالبين وشرحه للمحلي ٢١٨/٤ وسيأتي -في موضعه- بيان قولهم الآخر المرجوح.

(٢) انظر: فتح القدير ٢٠٢/٥ والقول الآخر له يوافق فيه الجمهور، ويأتي بيانه.

(٣) المغني ١٧٧/١٣-١٧٨.

(٤) المحلى ٢٩٦/٧.

(٥) سورة التوبة/٥.

(٦) الأم ٢٣٨/٤ وشرح منهاج الطالبين ٢١٨/٤ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٧ وفتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٤/١.

لم أجد من أصحاب هذا الاتجاه من أشار إلى هذا.

الدليل الثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله..»[1].

ووجه الدلالة: أن عموم الحديث يقتضي قتل الحربيين جميعاً مالم يسلموا إلا ماخصته الأحاديث الصحيحة من استبقاء النساء والصبيان والرسل[2].

الدليل الثالث: الإجماع: وادَّعاه ابن حزم، فذكر بسنده.. عن عطية القرظي، قال: «عُرضت يوم قريظة على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكان من أنْبت قُتل، ومن لم يُنبت خُلِّي سبيله، فكنتُ فيمن لم يُنبت». وعلَّق ابن حزم على هذا فقال: «فهذا عموم من النبي صلى الله عليه وسلم: لم يَسْتَبْقِ منهم عَسِيفاً[3]، ولا تاجراً، ولا فلاحاً، ولاشيخاً كبيراً، وهذا إجماع صحيح منهم رضي الله عنهم مُتيقَّن؛ لأنهم في عُرْضٍ[4] من نواحي المدينة، لم يَخْفَ ذلك على أحد من أهلها»[5].

الدليل الرابع: المعقول، وذكروا له وجهين:

الوجه الأول: العلة الموجبة لقتال الكافر وقتله إنما هي الكفر، لافرق بين المقاتل وغير المقاتل، سوى النساء والصبيان والرسل الذين صح استبقاؤهم من الشرع[6].

---

(١) اللؤلؤ والمرجان برقم ١٤.

(٢) الأم ٢٣٨/٤ وبداية المجتهد ٣٨٤/١.

(٣) العَسِيف: الأجير، كما في المعجم الوسيط: مادة: «عَسَفَ» ومثله اليوم: المستخدَم والموظف... .

(٤) العُرْض: الجانب والناحية كما في المعجم الوسيط: مادة: «عَرَضَ».

(٥) المحلى ٢٩٩/٧.

(٦) أسنى المطالب ١٩٠/٤ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٧.

الوجه الثاني: قاله ابن المنذر، ومضمونه: أن الكافر لانفع في حياته، فيقتل دون تفريق بين غير المحارب والمحارب إلا ما استثناه الشرع...[1].

مناقشة الأدلة السابقة:

فنوقشت أدلة أصحاب هذا الاتجاه الفقهي بما يلي:

أولاً :مناقشة احتجاجهم بالآية وبالحديث :

عورض الاستدلال بعموم الآية وعموم الحديث، بأدلة خاصة أخرى من القرآن والسنة، تنهى عن قتل غير النساء والصبيان والرسل، وذلك من أمثال الشيوخ والرهبان ونحوهم ممَّن لايتأتَّى منهم القتال[2]، وسيأتي بيان ذلك في موضعه.

ثانياً : مناقشة دعوى الإجماع:

إن دعوى الإجماع لم يذكرها سوى ابن حزم، فلم أجد لها - أثناء البحث- ذكراً عند غيره. ثم إنَّ الحادثة التي بنى ابنُ حزم الإجماعَ عليها، دليل عام كشأن اللذَيْن قبله -الآية والحديث- وجميعُها مخصَّصٌ بأدلة تمنعُ قتل أصناف أخرى لاتحارب، غير ماذكروه من النساء والصبيان والرسل.

يضاف إلى هذا: أن حادثة بني قريظة واقعة حال، اقتضت التشدّد مع بني قريظة، أسوأ اليهود عداوة للإسلام، وأغلظهم كفراً، بسبب غدرهم بالمسلمين -ودولتهم في طور نشأتها الأولى- ونقضهم عهدهم، لم يأبَ أحدٌ من بني قريظة نقض العهد، سوى عمرو بن سعد الذي عارضهم وتركهم وخرج، فلم يُعلم أين ذهب، وكان هديه صلى

---

(١) المغني ١٣/١٧٧.

(٢) فتح القدير ٥/٢٠٢ وبداية المجتهد ١/٣٨٤ والمغني ١٣/١٧٧-١٧٨.

الله عليه وسلم -كما يذكر ابن القيم- أنه إذا نقض بعض القوم العهد معه، وأقرَّهم الباقون، ورَضُوا به، غزا الجميع كلَّهم، وجعلهم كلَّهم ناقضين، كما حدث في بني النضير وبني قريظة..[1]

ثالثاً: مناقشة الاحتجاج بالمعقول:

أجيب عن الاحتجاج بالمعقول من وجهيه بما يلي:

١- إن علة قتل الكفار ليست كفرهم -لما ذكر في الوجه الأول- بل هي محاربتهم ومقاتلتهم المسلمين، وقد أومأت إلى هذا أدلة من الكتاب والسنة-يأتي بيانها- وإن لم يكن ذلك كذلك، لانتقض القول بمنع قتل النساء والصبيان والرسل، لوجود الكفر فيهم[2]. فإن قيل: قد صحَّ استثناء الشرع لهم، فالجواب: أن الشرع استثنى أيضاً غيرهم ممن يعتزلون ولايقاتلون، كالشيوخ والرهبان..[3].

٢- نوقش ماذكر في الوجه الثاني، بأنه يمكن كذلك الانتفاع بغير المقاتلة سوى النساء والصبيان، من مثل الشيوخ والأجراء والمحترفين و«المدنيين» الآخرين: إما برقابهم وخدمتهم، وإما بفدائهم، ويفعل بهم كما يفعل بالنساء والصبيان وهم لهذا المعنى لاينبغي إتلافهم بالقتل، وذلك قياساً على النساء والصبيان، عند من جوَّز أن يفادى بهم..[4].

---

(١) زاد المعاد ٧٢/٢-٧٤.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٧/١٣-١٨٠.

(٣) بدائع الصنائع ١٠١/٧ وبداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٥ والمغني ١٧٧/١٣-١٨٠.

(٤) عمدة القاري ٢٦٣/١٤ ورد المحتار ٢٢٤/٣و٢٢٥ وأحكام القرآن لابن العربي ١٠٥/١ والشرح الكبير ١٧٧/٢ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٥٤/٢٨ و٦٦٠ وحاشية الروض المربع ٢٧١/٤ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

وهكذا يتضح: أن مفهوم «المدنيين» عند أصحاب هذا الاتجاه ينحصر في النساء والصبيان والرسل، فهؤلاء -فقط- يحرم قتلهم إذا اعتزلوا الحرب ولم يقاتلوا.

المطلب الثاني
الاتجاه الفقهي الثاني في اعتبار عامة الناس الذين لايتأتى منهم القتال مدنيين

يرى الحنفية[1]، والمالكية[2]، والحنابلة[3] -وهم أبرز أصحاب هذا الاتجاه- أنه يحرم قتل غير المقاتلين، الذين لاتتأتى منهم نشاطات حربية، لاعتبارات بدنية أو عرفية، وبهذا يكون هؤلاء هم الذين يشملهم مفهوم «المدنيين».

وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في أحد قوليه[4]، وبه قال الشافعية في أحد قولين لهم، وهو المرجوح عندهم[5]، وإليه ذهب القاسمية والمرتضى[6].

وهذا القول هو ظاهر المروي عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وابن عباس

(١) بدائع الصنائع ١٠١/٧ وفي شرح السير الكبير١/٤١ أن الإمام أبا حنفية يرى في أحد قولين له: جواز قتل الراهب.

(٢) منح الجليل ١/٧١٤-٧١٥.

(٣) مطالب أولي النهى٢/٥١٨.

(٤) فتح القدير ٢٠٢/٥ وتقدم قوله الآخر في الاتجاه الفقهي.

(٥) شرح منهاج الطالبين ٢١٨/٤ وتقدم قولهم الآخر الراجح في الاتجاه الفقهي الأول. أما الإمام الشافعي نفسه فله قولان: تقدم أولهما -وهو الراجح- في الاتجاه الفقهي. أما الثاني المرجوح: فيرى فيه حرمة قتل الرهبان فضلاً عن النساء والصبيان والرسل المجمع على تحريم قتلهم، انظر الأم ٢٣٩/٤-٢٤٠ وشرح صحيح مسلم ٤٨/١٢ وبداية المجتهد ١/٣٨٤.

(٦) البحر الزخار ٣٩٧/٦-٣٩٨.

رضي الله عنهم[1] ، وهو المنقول عن مجاهد وعمر بن عبدالعزيز[2] ، على اختلاف محدود بين هؤلاء جميعاً ، أثناء تطبيق الاعتبارات البدنية والعرفية المشار إليها.

هذا ، وقد مثَّلوا لهؤلاء «المدنيين» بأصناف ذكروها[3] ، وهي على النحو التالي:

١- النساء[4] ٢- الصبيان[5] ٣- الرسل[6] ٤- الشيوخ[7]

٥- الرهبان[8] ٦- الزمنى[9] ٧- السُّوقة[10].

هذا ، ومن الجدير القول: بأن الثوري يلتقي مع الجمهور -أصحاب الاتجاه الفقهي الثاني- في القول بتحريم قتل الشيوخ[11] ، وأن الأوزاعي أيضاً: يمنع قتل الشيوخ والحرّاث[12].

نصوص فقهية لأصحاب هذا الاتجاه:

من المناسب نقل بعض النصوص الفقهية ؛ للإحاطة المباشرة بأقوال الفقهاء ، في تحريم

---

(١) المغني ١٣/١٧٧-١٨٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١/١٠٤ والجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨.

(٤) انظر فيما سبق ص٢٤٦ ومابعدها.

(٥) انظر فيما سبق ص٢٤٦ ومابعدها.

(٦) انظر فيما سبق ص٢٤٦.

(٧) الدر المختار ورد المحتار ٣/٢٢٤ ومنح الجليل ١/٧١٤ ومطالب أوالي النهى ٢/٥١٧.

(٨) بدائع الصنائع ٧/١٠١ ومنح الجليل ١/٧١٤ والمغني ١٣/١٧٨.

(٩) الدر المختار ورد المحتار ٣/٢٢٤ ومنح الجليل ١/٧١٤ ومطالب أولي النهى ٢/٥١٧.والمغني ١٣/١٧٨.

(١٠) السُّوقة: عامة الناس كالتجار والأجراء والفلاحين انظر: منح الجليل ١/٧١٤-٧١٥. والإنصاف ٤/١٢٨ و١٢٩ ويأتي -في موضعه- مزيد بيان لهذا المصطلح.

(١١) بداية المجتهد ١/٣٨٤.

(١٢) بداية المجتهد ١/٣٨٤.

قتل غير المقاتلين الذين لايتأتى منهم القتال للاعتبارات المذكورة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: قال الحنفية: أما حال الحرب فلا يحلُّ فيها قتل امرأة، ولاصبي، ولا شيخ فانٍ، ولا مقعد، ولايابس الشق، ولاأعمى، ولامقطوع اليد والرجل من خلاف، ولاراهب في صومعة؛ لأن هؤلاء ليسوا من أهل القتال، فلا يقتلون، والأصل فيه: أن كل من كان من أهل القتال يحلُّ قتله، سواء قاتل أو لم يقاتل، وكل من لم يكن من أهل القتال لايحل قتله، إلا إذا قاتل حقيقة أو معنى، بالرأي والطاعة والتحريض وأشباه ذلك[1].

ثانياً: قال المالكية: لاتقتل المرأة، والصبي، والشيخ الفاني، والزَمِن، والأعمى، والراهب المنعزل بديْر أو صومعة بلا رأي، ولايقتل الأجراء، والزرَّاع، وأهل الصناعات، والمستضعفون؛ لأن الأصل منع إتلاف النفوس، وإنّما أبيح منه مايقتضي دفع المفسدة، أما من لايقاتل ولا هُوَ له أهل في العادة، فلا تقع منه مفسدة كالمقاتلين، فرجع الحكم فيهم إلى الأصل وهو المنع[2].

ثالثاً: قال الحنابلة: لايقتل الفلاح والعبد[3]، بل عمَّموا هذا الحكم ليشمل عامة الناس، فقالوا: لايقتل الحرُّ إلا بالشروط المتقدمة، وأرادوا بها: أن لايتأتّى منه القتال حقيقة أو معنىً بالرأي والتدبير والتحريض والمعونة[4].

---

(١) بدائع الصنائع ١٠١/٧.

(٢) منع الجليل ٧١٤/١-٧١٥.

(٣) المغني ١٧٩/١٣و١٨٠.

(٤) الإنصاف ١٢٨/٤و١٢٩.

بيان ماذهب إليه الجمهور في منع قتل بقية أصناف المدنيين:

سبق بيان حكم وأدلة تحريم قتل النساء وا لصبيان والرسل، وأن الإجماع على هذا، أما حكم بقية أصناف «المدنيين» وأدلة ذلك فهي عند الجمهور على النحو التالي:

بيان منع الجمهور قتل الشيوخ وأدلتهم في ذلك:

تعريف الشيوخ: الشيوخ: جمع شيْخ، وهو الرجل الذي استبانت فيه السنّ، وظهر عليه الشيْب، ويقع هذا -غالباً- لمن بلغ الخمسين من عمره[1]. فإذا كبر الشيخ وضعف قيل له: هَرِم، وشيخ كبير[2]، وشيخ ضعيف، وشيخ فانٍ، وشيخ هِمٌّ[3]، لابقية فيه للقتال ولا للتدبير ولا للتحريض[4].

أما أدلة تحريم قتل الشيوخ، فهي على النحو التالي:

الدليل الأول: قوله تعالى ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا﴾[5].

ووجه الدلالة: أن الآية تأمر بقتل المقاتلين، وتنهى عن الاعتداء على غيرهم كالنساء والصبيان وشبههم -الشيوخ- الذين لايقاتلون عادة، كما يقول ابن عباس، ومجاهد، وعمر بن عبدالعزيز[6]، وهو ماذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة[7].

الدليل الثاني: حديث أنس بن مالك -رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه

(١) تاج العروس: مادة: «شَيَخَ».

(٢) المعجم الوسيط: مادة: «شَيَخَ» و «هَرِمَ».

(٣) المعجم الوسيط: مادة: «هَمَّ».

(٤) رد المحتار ٣/٢٢٤ ومنح الجليل ١/٧١٤.

(٥) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٦) الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٤٨و٣٤٩.

(٧) روح المعاني ٢/٧٥ والتحرير والتنوير ٢/٢٠٠ والمغني ١٣/١٧٧.

وسلم قال: «انطلقوا باسم الله، وبالله، وعلى ملة رسول الله، لاتقتلوا شيخاً فانياً، ولاطفلاً صغيراً، ولاامرأة..»[1].

ووجه الدلالة: أن الحديث ينهى -صراحةً- عن قتل الشيخ الفاني، وهو ما احتج به الحنفية والمالكية والحنابلة، والثوري والأوزاعي[2].

هذا، وتجدر الإشارة إلى ورود أحاديث من طرق أخرى، فيها نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل الشيوخ، وذلك لكونهم يعتزلون الحرب ولايتأتى منهم القتال[3].

الدليل الثالث: إجماع الصحابة، وذكره القرطبي في تحريم قتل الشيخ الهَرِم، الذي لايتأتى منه القتال، ولايُنتفع به في رأي ولامدافعة، واعتمد القرطبي فيما ذكره على وصية أبي بكر ليزيد بن أبي سفيان -رضي الله عنهم- وأنه لامخالف له في هذا من الصحابة، فثبت أنه إجماع[4].

الدليل الرابع: خبر الصديق -رضي الله عنه- وفيه: أن أبا بكر الصديق -رضي الله عنه- بعث جيوشاً إلى الشام فخرج يشيِّعهم، فمشى مع يزيد بن أبي سفيان -رضي

(١) أخرجه أبو داود، انظر: عون المعبود ٢٧٤/٧ وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٤٨٣/٦ واحتج به الثوري والأوزاعي كما في بداية المجتهد ٣٨٤/١ وسيأتي الكلام على هذا الحديث.

(٢) تبيين الحقائق ٢٤٥/٣ وبداية المجتهد ٣٨٤/١ ومجموع الفتاوى ٣٥٤/٢٨.

(٣) مسند الإمام أحمد ٢٧٦/٥ وعمدة القاري ٢٦١/١٤ والمصنف لابن أبي شيبة ٤٨٢/٦و٤٨٣و٤٨٤ وهذه الأحاديث ضعيفة عند بعض العلماء. انظر: المحلى ٢٩٧/٧-٢٩٨ والفتح الرباني وشرحه بلوغ الأماني ٦٦/١٤.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٩/٢.

الله عنهما- وأوصاه فقال: «..يايزيد، لاتقتلن امرأة، ولاصبياً، ولاشيخاً كبيراً..»[1].
وقد احتج بهذا الخبر الحنفية والمالكية والحنابلة[2].

وهذا، وتجدر الإشارة إلى ورود أخبار أخرى عن عمر بن الخطاب[3]، وابن عباس[4] -رضي الله عنهم- وعمر بن عبدالعزيز[5]، فيها الوصية بتجنُّب قتل النساء والصبيان والشيوخ... الخ.

الدليل الخامس: المعقول، وهو قياس الشيخ الفاني على النساء والصبيان، بجامع انتفاء علة المقاتَلة؛ لأن الشيخ الفاني ليس من أهل القتال غالباً[6]، فيبقى على أصل عصمة الدم، لأن مظنة عدم حدوث الضرر تقوم مقام عدم حدوثه حقيقة[7].

يضاف إلى هذا أنه: ليس من غرض الشارع إفساد العالم،وإنما إصلاحه، وذلك يحصل بقتل المقاتِلة، وليس الشيخ الفاني منهم غالباً، فلا يقتل؛ لأن ماثبت بالضرورة يتقدَّر بقدرها[8]. فإن تُرك وافتدي بمال أو بأسرى المسلمين -عند من يقول بذلك- كان

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٤٤٨/٢ والبيهقي في سننه الكبرى ٨٥/٩و٨٩ وسعيد بن منصور في سننه ١٤٨/٢و١٤٩ وعبدالرزاق في مصنفه ١٩٩/٥و٢٠٠ والشافعي في الأم ٣٥٥/٥ والشيباني في السير الكبير ٤١/١-٤٢، وفي البحر الزخار ٣٩٨/٦ أن الصديق رفع الخبر إلى النبي صلى الله عليه وسلم، وقد ضعَّف العلماء هذا الخبر بالانقطاع، انظر: المحلى ٢٩٧/٧و٢٩٨ وعمدة القاري ٢٧٠/١٤ ونيل الأوطار ٢٤٩/٧.

(٢) المبسوط ٦/٩ وبداية المجتهد ٣٨٤/١ ومطالب أولي النهى ٥١٧/٢.

(٣) الخراج ص١٩٤ والمغني ١٧٨/١٣.

(٤) جامع الأصول ٦١١/٢.

(٥) المحلى ٢٩٧/٧-٢٩٨ وجامع الأصول ٥٩٦/٢.

(٦) اللباب ١١٩/٤ والشرح الكبير ١٧٦/٢ والإنصاف ١٢٨/٤.

(٧) تبيين الحقائق ٢٤٥/٣ وجواهر الإكليل ٢٥٣/١.

(٨) نصب الراية ٣٨٦/٣-٣٨٧ ومنح الجليل ٧١٤/١ ومجموع الفتاوى ٣٥٥/٢٨.

هذا غنمية ونفعاً للمسلمين[1].

مناقشة أدلة تحريم قتل الشيوخ:

ناقش أصحاب الاتجاه الأول وهم: الشافعية وابن حزم وابن المنذر الأدلة الآنفة على النحو التالي:

أولاً: الاعتراض على الاحتجاج بالآية: اعترضوا على الاحتجاج بآية: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا﴾[2] وقالوا: إنها منسوخة بعموم آية: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾[3] وهذه تبقى على عمومها في قتل كل مشرك مالم يسلم، باستثناء النساء والصبيان والرسل المخصوصين في الأحاديث الصحيحة[4].

ويُجاب عن هذا: بأن النسخ لم يصح عند المحققين من أهل العلم، ولاتعارض بين الآيتين، والجمع بينهما ممكن في ضوء ماسبق بيانه[5].

ثانياً: الاعتراض على الاحتجاج بالحديث: عارض المخالفون الاستدلال بحديث أنس -رضي الله عنه- وغيره، بعدة اعتراضات:

الاعتراض الأول: ضعَّف ابن حزم حديث أنس، بتجريح أحد رواته[6]، لكن ابن حجر

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/١٠٦ ورد المحتار ٣/٢٢٥.

(٢) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٣) سورة التوبة/ ٥.

(٤) بداية المجتهد ١/٣٨٤ والأم ٤/٢٣٨ والمحلى ٧/٢٩٦-٢٩٧ والمغني ١٣/١٧٧.

(٥) بداية المجتهد ١/٣٨٤ والمبدع ٣/٣٢٢ وانظر ص ٢٤٧ .

(٦) قال ابن حزم في المحلى: ٧/٢٩٧و٢٩٨: إن خالد بن القَزَر الراوي عن أنس مجهول.

لم يسلِّم له تجريحه[1]، فضلاً عن أن الثوري والأوزاعي[2] -وهما مَنْهما- ومعهما محدثو الحنفية والحنابلة وغيرهم، هم الذين احتجوا بهذا الحديث[3]، فدل هذا على أن تضعيف ابن حزم للحديث لايصح.

الاعتراض الثاني: إن قيل: إن حديث أنس -الناهي عن قتل الشيوخ- يعارض النصوص العامة الآمرة بقتل المشركين[4]، من مثل: ﴿وقاتلوا المشركين كافة﴾[5] و﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾[6] وحديث: «أُمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لاإله إلا الله..»[7].

فيجاب عن هذا: بأن حديث أنس خاص، وتلك النصوص عامة، فكما خُصّت النصوص العامة بأحاديث النهي عن قتل النساء والصبيان، فهي تُخصُّ أيضاً بحديث أنس وأحاديث غيره الناهية عن قتل الشيوخ الفناة[8].

الاعتراض الثالث: عارض الشافعية[9]، وابن المنذر[10]، حديث أنس -الآنف-

(١) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب: ٨٨/١ هذا من إطلاقات ابن حزم المردودة.

(٢) بداية المجتهد ٣٨٤/١.

(٣) عمدة القاري ٢٦١،١٤ وتبيين الحقائق ٢٤٥/٣ ومجموع الفتاوى ٣٥٤/٢٨ والمغني ١٧٧/١٣ وجواهر الأخبار٣٩٧/٦.

(٤) الأم ٢٣٨/٤ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٧.

(٥) سورة التوبة/٣٦.

(٦) سورة التوبة/٥.

(٧) اللؤلؤ والمرجان برقم ١٤.

(٨) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٦/١ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨.

(٩) أسنى المطالب ١٩٠/٤.

(١٠) المغني ١٧٧/١٣.

بحديث: «اقتلوا شيوخ المشركين، واستبقوا شَرْخَهم» وتمامه كما في رواية أبي داود والترمذي: «يعني: من لم يُنبت منهم»[1]، وقد دفع الجمهور هذا الاعتراض بإجابتين:

الإجابة الأولى: تضعيف بعض العلماء لهذا الحديث، منهم ابن حزم[2].

الإجابة الثانية: على فرض صحة الحديث، فيمكن الجمع بينه وبين الأحاديث الأخرى الناهية عن قتل الشيوخ: وذلك بحمله على الشيخ غير الفاني إذا قاتل[3]، وحملها على الشيخ الفاني الذي لايتأتى منه القتال عادة، ويعتبر هذا الجمع -الذي فيه إعمال جميع الأحاديث- من باب تخصيص العام مطلقاً، بالخاص المصرَّح بوصفه (كونه شيخاً فانياً) وهذا جائز، بل واجب على أصول كثير من أهل العلم، منهم الشافعية أنفسهم، الذي يقررون: أن الخاص يقدم على العام، وهم إن لم يفعلوا هذا -هنا- يُنتقض قياسهم[4]، بالمرأة العجوز التي لانفع فيها -كما يقول ابن قدامة- مع أنها لاتقتل بالإجماع[5].

الاعتراض الرابع: عارض الشافعية وابن حزم[6]، حديث أنس والأحاديث الأخرى الناهية عن قتل الشيخ الفاني، بإقرار النبي صلى الله عليه وسلم قتل دُريد بن الصمَّة

(١) الشَرْخ: جمع شارخ، وهو الشاب الذي لم يبلغ الحلم، انظر: النهاية في غريب الحديث ٤٥٦/٢ وبلوغ الأماني ٦٥/١٤. والحديث أخرجه أحمد وأبو داود وأخرجه الترمذي وابن حبان وصحّحاه، وأخرجه ابن أبي حاتم في العلل، انظر: نصب الراية ٣٨٦/٣ وجامع الأصول وهامشه ٥٩٧/٢ ونيل الأوطار ٢٤٧/٧.

(٢) لأن فيه الحجاج بن أرطأة وهو غير محتج به عند العلماء، وفيه عنعنة الحسن عن الصحابي سمرة بن جندب -رضي الله عنه- انظر: نصب الراية ٣٨٦/٣ وفتح القدير ٢٠٢/٥ والمحلى ٢٩٨/٧.

(٣) عون المعبود ٣٣٠/٧.

(٤) أي الشافعية وابن المنذر أصحاب هذا الاعتراض.

(٥) المغني ١٧٧/١٣ وفتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٥/١ والبحر الزخار ٣٩٨/٦ ونيل الأوطار ٢٤٨/٧.

(٦) الأم ٢٤٠/٤ والمحلى ٢٩٩/٧.

وهو شيخ فان[1].

ويدفع هذا: بأن دريداً قُتل لمشاركته قومه الرأي، ودلالتهم على الطريقة الأجدى في محاربة المسلمين، وهو بهذا صار مقاتلاً من حيث المعنى فيقتل، أو ليس هو القائل:

أمرتهم أمري بمنعرج اللّوى ... فلم يتسبينوا الرشد إلا ضحى الغدِ

فلما عصَوْني كنت منهم وقد ... أرى غوايتهم وأنني غير مهتدِ[2]

ثالثاً: الاعتراض على الاحتجاج بخبر الصديق رضي الله عنه: اعترض ابن حزم -وحده- على استدلال الجمهور بوصية الصديق رضي الله عنه، وذلك لضعف سندها على حدّ قوله[3].

لكن يمكن أن يُردَّ عليه بأنه هو -رحمه الله- ناقض نفسه، وذلك حينما احتج بهذه الوصية محل إجماع الصحابة -قبل ظهور ابن حزم- بمقتضى ماأورده القرطبي[4]. وكفى بالإجماع الثابت حجة.

رابعاً: الاعتراض على الاحتجاج بالمعقول: قال المخالفون: إن المعقول الذي احتج به الجمهور يعارض عموم الآيات والأحاديث القاضية بقتل المشركين كافة، سوى المستَثْنَيْن من الرسل والنساء والصبيان[5]. كما يعارض المروي عن النبي صلى الله

---

(١) خبر قتل دريد رواه البخاري، انظره مفصلاً في فتح الباري ٨/٤١ والسيرة النبوية ٤/٩٥.

(٢) شرح السير الكبير ١/٤٢ ومطالب أولي النهى ٢/٥١٨ ونيل الأوطار ٧/٢٤٨ والبحر الزخار ٦/٣٩٨ وانظر: سنن البيهقي ٩/٩١-٩٢ والبداية والنهاية ٤/٣٣٧.

(٣) قال ابن حزم: إن هذا الخبر لايصح؛ لأنه عن يحيى بن سعيد، وهو لم يدرك زمن أبي بكر -رضي الله عنه- كما يقول الشوكاني. انظر: المحلى ٧/٢٩٧و٢٩٨ ونيل الأوطار ٧/٢٤٩.

(٤) وهي تحريم عقر الشاة والبعير في أرض العدو. انظر: المحلى ٧/٢٩٤و٢٩٦.

(٥) أسنى المطالب ٤/١٩٠ والمحلى ٧/٢٩٧-٢٩٨ وانظر: بداية المجتهد ١/٣٨٤-٣٨٥ والمغني ١٣/١٧٧.

عليه وسلم في قتل دريد بن الصمَّة الشيخ الفاني[1] .

والجواب: أنه سبق دفع نحوهذا الكلام، وبيان وجه الصواب في ذلك، علماً بأن العام إذا خصص -جاز عند الجمهور- تخصيصه بعد ذلك بالأحاديث والأقيسة الصحيحة وغيرها[2] .

بيان منع الجمهور قتل الرهبان وأدلتهم في ذلك:

تعريف الرهبان: الرهبان: جمع راهب، وهو العابد عند النصارى[3] ، ومن معتقداتهم التي يتقربون بها إلى الله تعالى: ترك قتال الآخرين تديُّناً وطاعة لله[4] . وقد وصَفَهم ابن تيمية بأنهم: منقطعون عن الناس، محبوسون في الصوامع، لايعاونون أهل دينهم على مافيه ضرر المسلمين أصلاً، ولايخالطونهم في دنياهم، بل يكتفي أحدهم بقدر ما يتبلَّغ به.. وولاء غير القسّيسين والبطارقة والبتاركة، الذين يصدر الناس عن أمرهم ونهيهم[5] ، والذين يأتي الكلام عليهم قريباً.

أما أدلة الجمهور -الحنفية والمالكية والحنابلة-[6] في تحريم قتل الرهبان، إذا لم يحاربوا، فهي على النحو التالي:

(١) الأم ٤/ ٢٤٠ المحلى٧/٢٩٩.

(٢) إرشاد الفحول ص١٥٧-١٥٩.

(٣) القاموس المحيط: مادة: «رَهَبَ» وكفاية الطالب الرباني ٢/ ٦.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٣٢٠ والمغني ١٣/ ١٧٨.

(٥) مجموع الفتاوى ٢٨/ ٦٦٠و٦٦١.

(٦) يرى الإمام الشافعي في القول المرجوح له من قولين: حرمة قتل الرهبان فضلاً عن النساء والصبيان والرسل المجمع على تحريم قتلهم، انظر ماسبق تعليقاً في ص٢٥١و٢٥٦.

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا﴾[١].

وجه الدلالة: أن الآية تأمر بقتل المقاتلين، وتنهي عن قتل غير المقاتلين عادة، كالنساء والصبيان والرهبان، كما يقول ابن عباس ومجاهد وعمر بن عبد العزيز[٢]، ومحمد بن جعفر بن الزبير شيخ ابن اسحق صاحب السيرة المعروف[٣]. وبهذا التأويل تمسك علماء الجمهور[٤].

الدليل الثاني: حديث ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا بعث جيوشه قال: «لاتقتلوا أصحاب الصوامع»[٥].

ووجه الدلالة: أن الحديث ينهى -صراحة- عن قتل أصحاب الصوامع، وهم الرهبان، وهو ماذهب إليه الجمهور[٦].

هذا، وهناك أحاديث من طرق أخرى، فيها نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل الرهبان؛ لكونهم يعتزلون الناس ولايتأتى منهم القتال[٧].

الدليل الثالث: وصية الصديق ليزيد بن أبي سفيان -رضي الله عنهم- ومما جاء فيها: «..وإنك ستلقى أقواماً زعموا أنهم فرَّغوا أنفسهم لله في الصوامع، فذرهم وما

(١) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ٩٠.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١٠٤/١-١٠٥ وبداية المجتهد ٣٨٢/١و٣٨٤ وزاد المسير ١٩٨/١.

(٥) أخرجه الإمام أحمد، وهو ضعيف عند بعضهم كما في بلوغ الأماني ٦٥/١٤ وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى ٩/ ٩٠.

(٦) الخراج ص١٩٥ وعمدة القاري ٢٦١/١٤ وبداية المجتهد ٣٨٢/١و٣٨٤ ونيل الأوطار ٢٤٦/٧-٢٤٧ والبحر الزخار ٣٩٧/٦.

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٩/ ٩٠و٩١ وبلوغ الأماني ٦٥/١٤.

فرّغوا له أنفسهم..»[1] . وبهذه الوصية احتج الحنفية والمالكية والحنابلة[2].

الدليل الرابع: المعقول، وهو قياس الرهبان على النساء والصبيان، بجامع انتفاء علة المقاتَلة منهم؛ لأنهم معتزلون لأقوامهم، لايعينونهم برأي ولاتدبير ولاتحريض[3]، فصاروا بهذا أشبه بمن لايقدر على القتال، فلا يقتلون، وليس معنى هذا؛ أنَّ ماهم عليه من الكفر صحيح، بل هم أشد كفراً وأبعد عن الله تعالى[4].

مناقشة أدلة تحريم قتل الرهبان:

ناقش المخالفون أدلة الجمهور على النحو التالي:

أولاً: مناقشة الاحتجاج بالآية: قالوا: إن الآية منسوخة[5]، ورُدَّ عليهم: بأن النسخ لم يصح، وأن الجمع ممكن بين ماذكروا: أنه ناسخ ومنسوخ، وتقدم نحو هذا[6].

ثانياً: مناقشة الاحتجاج بالحديث: ضعَّف ابن حزم حديث ابن عباس، لأن في سنده مجهولاً[7]، ويمكن دفع هذا بما ذكره أهل الحديث: من أن الحديث معتضد بأحاديث وروايات أخرى، وهو معتضد بالقياس على النساء والصبيان، بجامع عدم

---

(١) سبق تخريج هذه الوصية تعليقاً في ص٢٦١.

(٢) شرح السير الكبير ٤١/١ وبداية المجتهد ٣٨٤/١ والمغني ١٧٨/١٣وبهذه فقط احتج الإمام الشافعي لمنع قتل الرهبان؛ تأسياً بالصديق رضي الله عنه، وهو القول المرجوح له، انظر: الأم ٢٤٠/٤ وماسبق تعليقاً في ص٢٥١و٢٥٦.

(٣) بدائع الصنائع ١٠٧/٧ وحاشية الدسوقي ١٧٦/٢ والمغني ١٧٨/١٣.

(٤) منح الجليل ٧١٤/١.

(٥) بداية المجتهد ٣٨٣/١-٣٨٤ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٧.

(٦) انظر ماسبق في ص٢٤٧.

(٧) في المحلى ٢٩٧/٧و٢٩٨: في سند هذا الحديث شيخ مدني لم يُسمّ، فإذا سُمِّي بإبراهيم ابن إسماعيل بن أبي حبيبة فهو ضعيف.

النفع بقتلهم، وعدم الضرر باستبقائهم، وهو المناط[1]، وعلى هذا يحمل الاستدلال به من قبل أبي يوسف والعيني والشوكاني وغيرهم[2].

فإن قيل: إن الحديث يعارض عموم الآيات والأحاديث القاضية بقتل المشركين، إلا مااستثناه الشرع من النساء والصبيان[3]. فالجواب: أن عموم تلك النصوص مخصوص بهذا الحديث ونحوه أيضاً، كما هو مخصوص بأحاديث منع قتل النساء والصبيان[4]

ثالثاً: مناقشة الاحتجاج بخبر الصديق رضي الله عنه: سبق -قريباً- بيان اعتراض ابن حزم وحده- على الاحتجاج بهذا الخبر، وما أجيب به عليه، فلا حاجة لإعادة الكلام في ذلك.

رابعاً: مناقشة الاحتجاج بالمعقول: قال الشافعية وابن حزم: إن المعقول الذي احتج به الجمهور، يعارض عموم الآيات والأحاديث القاضية بقتل المشركين، سوى مااستثنته الأحاديث في منع قتل النساء والصبيان والرسل[5]، والجواب أن هذا العموم مخصوص بالنصوص الناهية عن قتل الرهبان أيضاً، والعلة في ذلك أن هؤلاء لايقاتلون غالباً، ولايتأتى منهم القتال، وسبق بيانه.

---

(١) نيل الأوطار ٢٤٨/٧ وبلوغ الأماني١٤/ ٦٥وانظر:التقييد والإيضاح ص٣٢ وقواعد التحديث ص١٠٥و١١٢-١١٣ ففيهما أن الحديث الضعيف غير شديد الضعف يتقوى بمثله ويحتج به عند كثير من المحدثين.

(٢) الخراج ص١٩٥ وعمدة القاري ١٤/ ٢٦١ وبداية المجتهد ١/ ٣٨٢ ونيل الأوطار ٧/ ٢٤٦ والبحر الزخار ٣٩٧/٦.

(٣) الأم ٤/ ٤٠ وأسنى المطالب٤/ ١٩٠ والمحلى ٧/ ٢٩٦و٢٩٨ وانظر: بداية المجتهد ١/ ٣٨٢.

(٤) فتح القدير ٥/ ٢٠٢ و٢٠٣ وبداية المجتهد ١/ ٣٨٤ والمغني ١٣/ ١٧٧-١٧٨.

(٥) الأم ٤/ ٢٤٠ وأسنى المطالب٤/ ١٩٠ والمحلى ٧/ ٢٩٦و٢٩٨ وبداية المجتهد ١/ ٣٨٢.

حكم قتل «رجال الدين» غير الرهبان:

ذهب عامة الفقهاء -بمن فيهم فقهاء المذاهب الأربعة- إلى جواز قتل «رجال الدين» سوى الرهبان؛ لأنهم في العادة أصحاب دور قيادي وكلمة مسموعة عند الناس، في تأجيج الحرب وإثارتها والتحريض علبها، وإليك بعض النصوص في ذلك:

قال الحنفية: إن الشمامسة والقسيسين[1] يقتلون في الحرب؛ لاختلاطهم بالناس وصدورهم عن رأيهم، وهؤلاء أئمة الكفر، قتلهم أولى من قتل غيرهم[2].

ومقتضى كلام المالكية: أن «رجال الدين» سوى الرهبان يقتلون في الحرب؛ وذلك لمخالطتهم الناس وإعانتهم على المسلمين بالتدبير والرأي والتحريض[3]، وظاهر كلام الحنابلة: جواز قتل «رجال الدين» سوى الرهبان، لتحريضهم على المسلمين وقتالهم ضدهم[4].

بل قال ابن تيمية: إن القسيس والبطرق والبترك ونحوه من «رجال الدين» يقتلون في الحرب؛ لاختلاطهم بالناس، وصدورهم عن رأيهم، ورجوعهم إليهم، ولايتنازع العلماء أنهم أحق الكفار بالقتل عند المحاربة، وأنهم جنس أئمة الكفر[5].

وسبق في الاتجاه الفقهي الأول: أن رأي الشافعية وابن حزم وآخرين، يقتضي القول بمشروعية قتل «رجال الدين».

(١) مفردها شمّاس وقسّيس، وهما من رؤساء النصارى، انظر: المعجم الوسيط: مادتي: «شَمَسَ» و«قسُّ».

(٢) شرح السير الكبير ٤١/١ وفتح القدير ٢٠٣/٥.

(٣) منح الجليل ٧١٤/١ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧٦/٢.

(٤) مطالب أولي النهى ٥١٧/٢ والإنصاف ١٢٨/٤.

(٥) مجموع الفتاوى ٦٦٠/٢٨-٦٦١.

أدلة جواز قتل مثيري الحروب من «رجال الدين»:

سبق بيان الأدلة العامة -عند الشافعية ومن معهم- والمتضمنة جواز قتل «رجال الدين» في الحرب، أما الآخرون من الفقهاء فاستدلوا بما يلي:

الدليل الأول: قول الله تعالى: ﴿ وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلوكم ﴾(١).

ووجه الدلالة: ما أخرجه البيهقي: أن محمد بن جعفر بن الزبير حدّث ابن إسحق بوصية الصديق ليزيد بن أبي سفيان -رضي الله عنهم- ثم قال له: «هل تدري لم فرّق الصديق -رضي الله عنه- وأمر بقتل الشمامسة، ونهى عن قتل الرهبان؟ قال ابن إسحق: قلت: لا أراه إلا لحبس هؤلاء أنفسهم، قال: أجل، ولكن الشمامسة يلقون القتال فيقاتلون دون الرهبان، وإن الرهبان دأبهم أن لايقاتلوا، وقد قال الله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾(٢).

الدليل الثاني: قوله تعالى: ﴿فقاتلوا أئمة الكفر﴾(٣).

ووجه الدلالة: أن الآية تأمر بقتال المقدَّمين والرؤساء من الكفار(٤)، وبها استدل الصديق في وصيته ليزيد -رضي الله عنهما- في قتاله «رجال الدين» مثيري الحروب، وإليك الرواية مفصلة في الدليل التالي:

الدليل الثالث: وصية الصديق ليزيد -رضي الله عنهما- وفيها: «...إنك ستلقى أقواماً زعموا أنهم قد فرَّغوا أنفسهم لله في الصوامع، فذرهم ومافرَّغوا له أنفسهم، وستلقى أقواماً(٥)، قد حلقوا أوساط رؤوسهم وتركوا شعوراً كالعصائب، يصدر الناس

---

(١) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٢) السنن الكبرى ٩/ ٩٠ والآية من سورة البقرة / ١٩٠.

(٣) سورة التوبة/١٢.

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٨/٨٤-٨٦.

(٥) أي الشماسة والقسس ونحوهم كما في الموضعين السابقين من شرح السير ومجموع الفتاوى.

عن رأيهم في القتال، فاضربوا مقاعد الشياطين منها بالسيوف، والله لأن أقتل رجلاً منهم، أحب إليَّ من أن أقتل سبعين من غيرهم، أولئك أئمة الكفر، قتلهم أولى من غيرهم، قال الله تعالى: ﴿ فقاتلوا أئمة الكفر ﴾[1].

الدليل الرابع: المعقول، وهو أن «رجال الدين» سوى الرهبان مقاتلون في العادة، يؤجّجون الحرب ويثيرونها، ويحرضون الناس عليها؛ بحسب طبيعة مكانتهم الدينية والاجتماعية، وهم بهذا الوصف محاربون، لأن الحرب إما بمباشرة وإما بتسبّب، وقد شرع قتلهم لكفِّ أذاهم وقطع تدبيرهم في إثارتهم للحروب، ودفع شرورهم ومفاسدهم عن المسلمين[2].

هذا، وأما إن اعتزل «رجال الدين» الحرب حقيقة أو معنىً، فمقتضى كلام الجمهور: أنهم لايقتلون، عملاً بما هو مقرر: من أن الحكم يرتبط بعلّته وجوداً وعدماً، فإذا زالت العلة، زال معها الحكم، ويتأيَّد هذا بمحاورة محمد بن جعفر بن الزبير لابن اسحق الآنف ذكرها.

وبهذا ينتهي بيان ماذهب إليه الجمهور في منع قتل الرهبان، وما أوردوه من أدلة في استبقاء هذا الصنف من «المدنيين».

بيان منع الجمهور قتل الزمنى وأدلتهم في ذلك:

تعريف الزمنى: الزَمْنَى (بفتح الزاي وسكون الميم): جمع زَمِن (بفتح الزاي وكسر

(١) الآية/١٢ من سورة التوبة، والوصية بهذا اللفظ ذكرت في شرح السير ١/٤١-٤٢، وبنحوه في مجموع الفتاوى ٢٨/٦٦١ وتقدم الكلام على الاحتجاج بها.

(٢) شرح السير ١/٤١ وحاشية الدسوقي ٢/١٧٦ ومجموع الفتاوى ٢٨/٦٦٠-٦٦١.

الميم) وهو: الإنسان المبتلى بعاهة أو آفة جسدية مستمرة[1]، تعجزه عن القتال، بحيث لايُخشى منه -عادة- أن يصير إلى حال يقاتِل فيها[2]، كالأعمى، والمشلول، والمُقعد[3]، ومقطوع اليدين أو اليمنى أو الرجلين أو من خلاف[4]، وكذا الأعرج، والمجذوم[5]، والمعتوه[6]. وهؤلاء الزمنى لايجوز قتلهم في الحرب إذا لم يقاتلوا، كما يرى جمهور الفقهاء، وهم غير المرضى العاديين الذين يأتي الكلام عليهم قريباً.

وظاهر كلام الفقهاء: أن المعيار في تحديد الزمنى الذين لايقتلون في الحرب، يرجع إلى العرف والعادة، في مدى مقدرتهم على المشاركة في الحرب حقيقةً أو حكماً، ولهذا قال الحنفية: إن الأصم والأخرس وأقطع اليد اليسرى وأقطع إحدى الرجلين يُقتلون وإن لم يقاتلوا؛ لأنهم من أهل القتال[7] أي بحسب العادة، وهو مقتضى كلام المالكية والحنابلة، الذين حكّموا العرف والعادة في منع قتل الزمنى[8].

وإذا كان العرف كذلك في زمانهم، فإن الدول اليوم لاتقبل في جيوشها الأصمَّ والأخرس وأقطع اليد أو الرجل ونحوه... بل تشترط في العسكري توفر درجة معيَّنة من القدرة واللياقة الجسمية، فضلاً عن سلامة الأعضاء والحواسّ.

---

(١) الصحاح والمعجم الوسيط: مادة «زَمَنَ».

(٢) حاشية الدسوقي ١٧٦/٢ والمغني ١٨٠/١٣.

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٢٢٤/٣ ومنح الجليل ٧١٤/١ والإنصاف ١٢٨/٤-١٢٩.

(٤) الدر المختار ورد المحتار ٢٢٤/٣.

(٥) منح الجليل ٧١٤/١.

(٦) انظر: المواضع في المراجع الثلاثة الأخيرة.

(٧) بدائع الصنائع ١٠١/٧.

(٨) حاشية الدسوقي ١٧٦/٢ ومنح الجليل ٧١٤/١ والمغني ١٨٠/١٣.

وقد استدل الجمهور لتحريم قتل الزمنى بما يلي:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا﴾[1].

أي: في قتل الزمْنَى ونحوهم[2]، وبها استدل المالكية والحنابلة[3]، وتقدم -في مواطن مشابهة- وجه الاستدلال.

الدليل الثاني: المعقول، وهو قياس الزمنى على النساء والصبيان والرهبان والشيوخ، بجامع انتفاء علة المقاتَلة ونحوها[4]، مما سبق بيانه في مناسبة مضت.

مناقشة أدلة تحريم الزمنى:

عارض الشافعية وابن حزم أدلة الجمهور هذه، بجملة أدلة عامة من الكتاب والسنة تقضي بقتل المشركين سوى المستثنين من النساء والصبيان والرسل، كما عارضوها بإقرار النبي -صلى الله عليه وسلم- قتل دريد بن الصمة، وكان شيخاً كبيراً زمناً مطروحاً في شِجَار، لايستطيع أن يثبت جالساً، وهو قد بلغ خمسين ومائة سنة[5]، وسبق -في مناسبة مضت- بيان هذا مفصلاً، وبيان رد الجمهور على مثل هذه الاعتراضات.

حكم قتل المرضى غير الزمنى:

يظهر مما كتبه جمهور الفقهاء: أن المريض إذا كان من أهل القتال يقتل، وذلك كالجنود النظاميين وغير النظاميين (المليشيات) وإلا فهو كغيره من «المدنيين» الذين

---

(١) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٨/٢ و٣٤٩.

(٣) بداية المجتهد ٣٨٤/١ والمغني ١٧٧/١٣-١٧٨.

(٤) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٤/١و٣٨٥ ومجموع الفتاوى ٣٥٥/٢٨.

(٥) الأم ٢٣٨/٤ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٩.

لايتأتى منهم القتال.

قال ابن قدامة: فأما المريض فيقتل إن كان ممَّن لو كان صحيحاً قاتل، لأنه بمنزلة الإجهاز على الجريح، إلا أن يكون ميئوساً من برئه، فيكون بمنزلة الزَمِن لايُقتل؛ لأنه لايخاف منه أن يصير إلى حال يقاتِل فيها[1]. وإلى نحو هذا ذهب الحنفية والمالكية[2].

هذا، ويجوز لولي الأمر الاتفاق مع العدو، على منع قتل المحاربين الجرحى والمرضى من الطرفين؛ وذلك من باب السياسة الشرعية، التي يُتوخَّى بها مصلحة المسلمين، كما هو مقرر لأشباهه في كتب الفقه[3].

بيان منع الجمهور قتل السُوقَة وأدلتهم في ذلك:

تعريف السُّوقَة: السُّوقَة (بضم السين وسكون الواو وفتح القاف): عامة الرعية وأوساط الناس، وتطلق على الواحد وغيره، للذكر والأنثى، وجمعها: سُوَق (بضم السين وفتح الواو)[4].

واستعمل بعض الفقهاء لفظ «السوقة» في هذا الصنف من «المدنيين» الذين لايقتلون في الحرب[5]، في حين استعمل آخرون ألفاظاً أخرى في المعنى ذاته، فيها زيادة توضيح

---

(١) المغني ١٣/ ١٨٠.

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ١٠١ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/ ١٧٦.

(٣) تبيين الحقائق ٣/ ٢٤٥ وبداية المجتهد ١/ ٣٨٧-٣٨٨ والأحكام السلطانية للماوردي ص٣٧ و٥١ والمغني ١٣/ ٤٧.

(٤) القاموس المحيط والمعجم الوسيط: مادة: «سَوَقَ».

(٥) أسنى المطالب ٤/ ١٩٠.

لما تشتمل عليه كلمة «السوقة» من مثل: التجّار[1]، والحرّاث والفلاّح[2]، والعُسَفاء (بضم العين وفتح السين) وفسّروها: بالأُجراء، وبالفلاحين، وبالمستخدمين، والعبيد[3]، واستعملوا: الوُصفاء (بوزن العسفاء) وفسّروها بالمماليك[4]. ومن السوقة: أهلُ الصناعات والمهن[5]، والمحترفون[6]، ومن يُعدُّ في المستضعفين[7].. وجميع هؤلاء ونحوهم يحرم قتلهم في الحرب إذا لم يحاربوا، كما يرى جمهور الفقهاء، وتقدم نقل بعض نصوصهم في هذا، **وقد استدلوا لذلك بما يلي:**

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا﴾[8].

أي: في قتل من ألقى إليكم السَلَم، وكفَّ يده[9]، وبها استدل الحنفية والمالكية والحنابلة[10]، وسبق بيان وجه الاستدلال في مواضع مشابهة.

الدليل الثاني: حديث الربيع بن صيفي -رضي الله عنه- قال: «كنّا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة[11]، فرأى الناس مجتمعين على شيء، فبعث رجلاً فقال:

---

(١) الأم ٤/ ٢٤٠ والمحلى ٧/ ٢٩٦ و٢٩٧.

(٢) القوانين الفقهية ٥/ ٢٠٢ وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٠٦ والأحكام السلطانية للماوردي ص٤١ والمغني ١٣/ ١٧٩.

(٣) فتح القدير ٥/ ٢٠٢ وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٠٦ والأحكام السلطانية للماوردي ص٤١ والمغني ١٣/ ١٧٩.

(٤) انظر: الموضعين السابقين في الأحكام السلطانية والمحلى.

(٥) منح الجليل ١/ ٧١٤-٧١٥ وحاشية الدسوقي ٢/ ١٧٧.

(٦) أسنى المطالب ٤/ ١٩٠.

(٧) فتح القدير ٥/ ٢٠٢ ومنح الجليل ١/ ٧١٥ ونيل الأوطار ٧/ ٢٤٨.

(٨) سورة البقرة/ ١٩٠.

(٩) روح المعاني ٢/ ٧٥ والجامع لأحكام القرآن ٢/ ٣٤٨و٣٤٩ والدر المنثور ١/ ٤٩٣.

(١٠) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٣٢٠-٣٢١ وبداية المجتهد ١/ ٣٨٤-٣٨٥ والمغني ١٣/ ١٧٧و١٨٠.

(١١) هي فتح مكة، كما في رواية الطبراني المذكورة في فتح الباري ٦/ ١٤٨.

انظر، علامَ اجتمع هؤلاء، فجاء رجل، فقال: امرأة قتيل، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : ماكانت هذه لتقاتِل، وعلى المقدمة خالد بن الوليد، فبعث رجلاً فقال: قل لخالد: لاتقتلنَّ امرأة ولاعسيفاً»[1].

وجه الدلالة: أن الحديث ينهى -صراحة- في لفظ واحد، عن قتل المرأة والعسيف؛ لأنهما ليسا من أهل القتال عادة، وهو ما احتج به الجمهور[2].

هذا، وقد رويت أحاديث من طرق أخرى، فيها نهي النبي -صلى الله عليه وسلم- عن قتل الوصفاء والعسفاء[3].

الدليل الثالث: أقوال الصحابة وأفعالهم، ومن هذا قول زيد بن وهب: أتانا كتاب عمر -رضي الله عنه- وفيه: «لاتغلُّوا، ولاتغدروا، ولاتقتلوا وليداً، واتقوا الله في الفلاحين، الذين لاينصبون لكم الحرب»[4].

ومنه قول جابر بن عبدالله -رضي الله عنه-: كانوا لايقتلون تجار المشركين، وقالوا:

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ١١٥/٢ و٤٤٨/٣و١٧٨/٤ وابن ماجة في السنن ٩٤٨/٢ وأبو داود وسكت عنه كما في عون المعبود ٣٢٩/٧، وأخرجه الحاكم وصححه وأقره الذهبي كما في بلوغ الأماني ٦٤/١٤ وأخرجه ابن حبان في صحيحه، وقال: هذا الخبر محفوظ، انظر نصب الراية ٣٨٧/٣-٣٨٨ وفيه: أن النسائي وعبدالرزاق أخرجاه أيضاً، وأصل الحديث في الصحيحين، انظر: اللؤلؤ والمرجان برقم ١١٣٨.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٥/١ والمغني ١٧٩/١٣، واحتج به الشافعية أيضاً في قولهم الآخر، انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص٤١.

(٣) سنن البيهقي ٩١/٩ ومصنف ابن أبي شيبة ٤٨٢/٦، واحتج بهذا الشافعية أيضاً في قولهم الآخر، انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص٤١.

(٤) المصنف لابن أبي شيبة ٤٨٣/٦ والسنن لسعيد بن منصور ٣٢٩/٢ وسنن البيهقي ٩١/٩ وأخرجه ثلاثتهم من طريق يزيد بن أبي زياد عن زيد بن وهب، وفي تهذيب التهذيب: ص٦٠١: يزيد بن أبي زياد: ضعيف، كبر فتغيّر. وبهذا الخبر احتج الأوزاعي لمنع قتل الحراث، انظر بداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٣/ ١٨٠.

إنما نقتل من قاتل، وهؤلاء لايقاتلون[1].

ومما يلحق بهذا: أن عمر بن عبدالعزيز -رحمه الله- كان لايقتل حرّاثاً[2]. وقد احتج بمثل هذه الأقوال والأفعال عدد من فقهاء الجمهور[3].

الدليل الرابع: المعقول، ووجهه أن علة منع قتل النساء والصبيان إنما هي انتفاء المحارَبَة منهم، وقد أومأ النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى هذه العلة، فقال في المرأة التي وجدها مقتولة: «مابالُها قُتلت وهي لاتقاتِل»[4] وإذا كان الأمر كذلك فإن السُوقة يقاسون على النساء والصبيان، بجامع انتفاء القتال منهم بحسب العادة وغلبة الظن، ومن المقرر: أن مظنة عدم حدوث الشيء، تقوم مقام عدم حدوثه حقيقة، وعلى هذا يحرم قتل التجار، والحرّاث، والفلاّح، والعُسفاء، وأهل الصناعات والمهن، ونحوهم ممن لايتأتى منهم القتال، والذين جرت العادة أن يعتزلوا الحرب ولايشاركوا فيها[5].

مناقشة أدلة تحريم قتل السُوقة:

ناقش الشافعية وابن حزم أدلة الجمهور على النحو التالي:

أولاً: تعارض أدلة الجمهور مع عموم النصوص:

قال المخالفون: إن الاحتجاج بالآية وبالحديث وبأقوال الصحابة وأفعالهم يعارض عموم الآيات والأحاديث القاضية بقتل المشركين، سوى النساء والصبيان الذين صح

(١) المصنف لابن أبي شيبة ٤٨٤/٦ وسنن البيهقي ٩١/٩.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣٤٩/٢.

(٣) بداية المجتهد ٣٨٥/١ والمغني ١٨٠/١٣.

(٤) وردت هذه الرواية في المغني ١٧٨/١٣و١٨٠ ولم أجدها بألفاظها فيما رجعت إليه من كتب الحديث، لكن هناك رواية أخرى بألفاظ قريبة، سبق ذكرها آنفاً.

(٥) فتح القدير ٢٠٢/٥ و٢٠٣ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٨٠

استثناء الشرع لهم، كما تعارض قتل دريد بن الصمة، فضلاً عن أن الآية المحتج بها -هنا- منسوخة[1].

وقد أجاب الجمهور بأن الأدلة العامة مخصوصة بمنع قتل السوقة أيضاً، ولامانع من هذا، حتى في أصول المخالفين أنفسهم[2]، أما دعوى النسخ فلم تصح، وأما قتل دريد فلمشاركته في الحرب برأيه، وتقدم بيان هذا في مناسبة مضت.

ثانياً: تضعيف الحديث المحتج به:

قال ابن حزم: إن الحديث المحتج به -هنا- مرسل عن حنظلة الكاتب، والمرسل ضعيف[3].

ويُجاب على هذا: بأن المرسل محتجٌ به عند طائفة من أهل العلم، منهم أبو حنيفة ومالك وأحمد[4]، فضلاً عن أن لهذا الحديث طريقين: أحدهما مرسل، وهو ماعناه ابن حزم، والآخر متصل -عن الربيع بن صيفي- ليس فيه شيء، وهو حجة في محل النزاع، لكثرة من رواه وتعدّد من صححه من العلماء[5].

يُضاف إلى هذا: ورود أحاديث أخرى من طرق أخرى -سبقت الإشارة إليها- فيها النهي عن قتل الوصفاء والعسفاء.

---

(١) الأم ٢٣٩/٤-٢٤٠ وأسنى المطالب ١٩٠/٤ ومنهاج الطالبين وشرح المحلي ٢١٨/٤ والمحلى ٢٩٦/٧-٢٩٨ وانظر بداية المجتهد ٣٨٤/١.

(٢) فتح القدير ٢٠٢/٥ وبداية المجتهد ٣٨٤/١-٣٨٥ والمغني ١٧٨/١٣-١٧٩.

(٣) المحلى ٢٩٧/٧-٢٩٨.

(٤) قواعد التحديث ص١٠٥.

(٥) سبق بيانه، وانظر: فتح القدير ٢٠٢/٥ ونصب الراية ٣٨٧/٣-٣٨٨.

ثالثاً: الاعتراض على قول جابر -رضي الله عنه-:

ردَّ ابن حزم الاحتجاج بقول جابر -رضي الله عنه-: «كانوا لايقتلون تجار المشركين» لأن جابراً -على حد قول ابن حزم- لم يقل: إن ترك القتل كان في دار الحرب، وإنما أخبر عن جملة أمرهم، ولو صحَّ مبيَّناً عنه لما كان للجمهور متعلَّق به؛ لأنه ليس فيه نهي عن قتلهم، وإنما فيه اختيارهم لترك القتل فقط[1].

ويمكن الإجابة عن كلام ابن حزم -رحمه الله- بإجابتين: الأولى: أنه لم يُضعِّف الخبر المروي عن جابر -رضي الله عنه- بل سكت عنه. والثانية: أن ظاهر كلام جابر -رضي الله عنه- يدل على أن القتل والقتال ليس في دار الإسلام، وإنما في دار الحرب أثناء القتال مع العدو، حيث كان المسلمون يتجنبون قتل تجار المشركين، وعلى من ادعى غير ذلك الإتيان بالدليل.

أما كون ترك القتل على سبيل الاختيار لا الوجوب، فترده بقية الأدلة التي فيها التصريح بالنهي عن قتل الفلاح والعسيف والوصيف، كما يرده قياس هؤلاء على النساء والصبيان المنهي صراحة عن قتلهم.

وبهذا ينتهي بيان ماذهب إليه الجمهور في منع قتل السوقة، كالتجار، والصناع، والفلاحين، والمستخدمين، ونحوهم ممن لايقاتلون عادة، وهؤلاء هم الصنف السابع -الأخير- من أصناف «المدنيين» عند الجمهور.

موازنة بين الفقه الإسلامي والأنظمة الأخرى:

بعد بيان مايشتمل عليه مفهوم «المدنيين» عند جمهور الفقهاء، لايسع الباحث إلا أن يسجل للإسلام هذه المكرمة الإنسانية، وذلك السبق التشريعي الدولي، في الحفاظ

---

(١) المحلى ٧/٢٩٨.

على أرواح المدنيين -الأعداء- الذين لايشتركون في الحرب، بل يعتزلونها فلا يشاركون فيها بأي صورة، وهذا ماذهب إليه -أخيراً- القانون الدولي العام، الذي منع قتل «المدنيين» الذين لاعلاقة لهم بالحرب؛ لأن الحرب كفاح بين قوات الدولتين المتحاربتين فقط، ولاينبغي لها أن تتعدى إلى غير المقاتلين في الجيوش النظامية، ونحوها من القوات الشعبية المتطوعة و «المليشيات» شبه النظامية[1].

هذا، وليس من المستبعد أن تكون الدول الأوربية -التي أسهمت بفعالية في تدوين القانون الدولي العام- قد استمدت هذه الفكرة من الفقه الإسلامي، خلال اتصالها بالمسلمين أثناء الحروب الصليبية، وربما استمدت هذه الفكرة من الفقه المالكي بالذات، من خلال اتصال أوربا واحتكاكها بالفكر الإسلامي في بلاد الأندلس والمغرب وصقلية في جنوبي إيطاليا، حيث كان المذهب المالكي منتشراً ومعمولاً به...

المبحث الثالث
في بيان الحكم الشرعي فيمن قتل مدنياً معتزلاً الحرب

لِقتل المدني أثناء اعتزاله الحرب حالتان، لكل حالة أحكام أعرضها على النحو التالي:

الحالة الأولى: تعمَّد قتل المدني حال اعتزاله الحرب: في هذه الحالة عدة أحكام درسها الفقهاء، وهي على النحو التالي

أولاً: الحكم الشرعي من حيث الديانة:

يرى عامة الفقهاء أنه: لو تعمَّد مسلم قتل مدني -مع مراعاة أقوال الفقهاء في هذا

(١) انظر الموقف الدولي الحديث من مفهوم «المدنيين» في كتاب: الحقوق الدولية العامة ص٤٤٦.

المفهوم- فهو آثم شرعاً؛ وذلك لفعله مانهي عنه، من قتل روح بغير موجب شرعي[1]، وعلى القاتل التوبة والاستغفار، كما يستغفر ويتوب من سائر المعاصي المنهي عنها[2].

ثانياً: الحكم الشرعي من حيث الكفارة:

يرى عامة الفقهاءأنه: لاتجب الكفارة على قاتل «المدني» حال اعتزاله الحرب؛ لأن دم الكافر مطلقاً لايتقوَّم إلا بالأمان، وهو غير موجود هنا، كما يقول الحنفية[3].

ثالثاً: الحكم الشرعي من حيث الدية: للفقهاء قولان في وجوب الدية:

القول الأول: تجب الدية، وهو قول الشافعية، ومقدارها: مايُضمن به الواحد من أهل دين«المدني» المقتول، فيما لو قُتل وهو آمن؛ وذلك لأن «المدنيين» -وهم عندهم النساء والصبيان والرسل فقط- محقونو الدم بالنص، ولايجوز قتلهم، فأشبهوا من له الأمان[4].

وماذكروه -أي: الشافعية-: من أن دماء النساء والصبيان إنما حقنت لحق الغانمين[5]، ولايمنع هذا أن يكون هو واحداً منهم.

القول الثاني: لاتجب الدية، وهو قول سائر فقهاء الأمصار؛ وذلك لأن دم الحربي مطلقاً -سواء أكان مقاتلاً أم «مدنياً» غير مقاتل -هدر، ليس له قيمة إلا بالإسلام أو

---

(١) تبيين الحقائق ٢٤٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع ١٠١/٧ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٧٧/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٠١/٧ وشرح الخرشي ١١٢/٣ وأسنى المطالب ١١/٤و٤٨-٤٩ وانظر: المغني ٥٦/١٢ و١٤٢/١٣.

(٤) أسنى المطالب ١١/٤ و٤٨-٤٩و١٩٠.

(٥) الأم ٢٣٨/٤ وفتح الباري ١٤٨/٦ و١٤٩ وأسنى المطالب ١٩٠/٤.

الأمان (العهد) ولم يوجد أحدهما هنا، فلا تجب الدية[1].

والقول الثاني أولى، وهو ما اختاره ابن قدامة[2]، لأن الحربي -عموماً- لايقوَّم دمه -حتى عند الشافعية-[3] إلا بالإسلام، وذلك للحديث المتفق عليه: «فإن قالوها فقد عصموا مني دماءهم..»[4] أو بالأمان، لحديث البخاري: «قد أجرنا من أجرتِ»[5] ولم يوجد واحد من هذين الاثنين حال قتل «المدني» المنهي عن قتله[6].

ويمكن أن يضاف إلى ماذكره الجمهور: أن القول بانتفاء وجوب الدية، يؤيده الحديث الصحيح، وهو: «أن امرأة وجدت في بعض مغازي النبي -صلى الله عليه وسلم- مقتولة، فأنكر رسول -صلى الله عليه وسلم- قتل النساء والصبيان»[7]. ولم ينقل عنه -صلى الله عليه وسلم- : أنه أوجب الدية على قاتلها، ولو كانت واجبة لبيَّن ذلك؛ لأنه معلم للأمة، وكما هو مقرر عند العلماء: فإن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان[8]، فعلم من هذا أن الدية غير واجبة، وهو مايقول به الجمهور، ولم أجد من استدل بهذا الحديث لما نحن بصدده.

---

(١) الدر المختار ٣/٢٢٥ والكفاية على الهداية ٥/١٩٧-١٩٨ ومنح الجليل ١/٧١٥ والمغني ١٢/٥٦ والبحر الزخار ٦/٤٠٧.

(٢) المغني ١٢/٥٦.

(٣) أسنى المطالب ٤/١٩٠-١٩١.

(٤) اللؤلؤ والمرجان برقم ١٤.

(٥) فتح الباري ١٠/٥٥١.

(٦) فتح القدير والكفاية على الهداية ٥/١٩٨و٢٠٢ والمغني ١٢/٥٦.

(٧) اللؤلؤ والمرجان برقم ١١٣٨.

(٨) شرح القواعد الفقهية ص٢٧٣-٢٧٤.

رابعاً: حكم تعزير قاتل المدني المعتزل الحرب:

تقدم آنفاً: أن عامة الفقهاء يقولون بتأثيم قاتل «المدنى» متعمِّداً، وأنه لادية عليه في قول الجمهور سوى الشافعية، وليس في هذا تناقض بين الأحكام الفقهية؛ لأنه لايلزم من الإثم، أن يترتَّب عليه تعويض مالي من دية ونحوها، ولهذا نظائر في الفقه: فمن شتم غيره أو سَخِر منه أو عَيَّره، فهو آثم شرعاً، ولايجب عليه التعويض المالي، لكنَّ هذا لايمنع من معاقبة الحاكم له وتعزيره، ليرتدع هو وأمثاله، وذلك لأنه تعمَّد فعل المنهي عنه شرعاً[1]. ويقال نحو هذا فيمن قتل «مدنياً» عمداً، حال اعتزاله الحرب؛ وذلك لارتكابه -القاتل- فعلاً منهياً عنه شرعاً.

هذا، ويجدر القول: بأن التعزير في هذه الحالة هو من اختصاص أمير الجهاد أو نائبه -حسب التعبير الفقهي- لأن المخالفة هنا مخالفة دينية لها طابع وظيفي مسلكي، والأصل في هذا: تعزير النبي -صلى الله عليه وسلم- أبا لبابة-رضي الله عنه-، وذلك بإبقائه مربوطاً «محبوساً» في سارية المسجد؛ لإفشائه سرّ المسلمين (وهذه مخالفة دينية ذات طبيعة مسلكية وظيفية) إلى يهود بني قريظة، وهناك أشباه ونظائر عديدة في تعزير من ارتكب مخالفات من هذا القبيل[2].

الحالة الثانية: قتل المدني خطأ حال اعتزاله الحرب: لو قتل مسلم «مدنياً» خطأ حال اعتزاله الحرب، فليس عليه إثم ولاكفارة فيما يبدو من كلام الفقهاء[3]. واختلفوا في

---

(١) رد المحتار ٤/٦٩و٥/٢٩٨ والمعيار ٢/٥١٥ وتبصرة الحكام ٢/٣٠٧و٣١٥.

(٢) أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام ص٣٤و٣٣٢.

(٣) بدائع الصنائع ٧/١٠١ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/١٧٧ وأسنى المطالب ٤/١١ و٤٨-٤٩ والمغني ١٢/٥٦و١٣/١٤٢.

وجوب الدية، بحسب القولين السابقين[1].

المبحث الرابع
في الموازنة والترجيح بين أقوال الفقهاء في تحديد المدنيين

بعد البحث والدراسة في الأقوال الفقهية السابقة وأدلتها، تتجه النفس إلى اختيار اتجاه جمهور الفقهاء، ومقتضاه: أن مفهوم «المدنيين» يشمل كل حربي لايتأتى منه القتال -صورة أو معنى- لاعتبارات بدنية أو عرفية، كالنساء والصبيان والرسل، وغيرهم من سائر الناس الذين لاصلة لهم بالنشاطات العسكرية والحربية على اختلاف صورها، وقد كان لهذا الاختيار أسباب، هي على النحو التالي:

أولاً: أسباب ترك الأخذ بقول الشافعية وابن حزم في المدنيين:

أورد هذه الأسباب فيما يلي:

السبب الأول: سقوط دعوى نسخ الآية: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولاتعتدوا﴾[2]. وقد برهن على هذا السقوط - في موضعه- المحققون من أهل العلم، وهذه الدعوى من أهم اعتراضات الشافعية ومن معهم على أدلة الجمهور، وإذا سقطت الدعوى سقط ماقام عليها.

السبب الثاني: لو لم تسقط دعوى النسخ، لأمكن الجمع بين الأدلة العامة القاضية بقتل المشركين كافة، وبين الأدلة الخاصة المانعة من قتل الشيوخ والرهبان والتجار والفلاحين، وسائر الناس الذين لايتأتى منهم القتال، ويكون هذا الجمع بحمل العام على الخاص.

(١) الكفاية على الهداية ٥/١٩٧-١٩٨ ومنح الجليل ١/ ٧١٥ والمغني١٢/ ٥٦ وأسنى المطالب ٤/ ١١ و٤٨-٤٩و ١٩٠.
(٢) سورة البقرة/ ١٩٠.

ولاشك أن الجمع بين الأدلة، وتنزيل كل دليل في موضعه، والعمل به في مجاله، خير من العمل ببعض الأدلة وتعطيل بعضها الآخر، مع إمكان العمل به، ونكون بهذا قد التزمنا فعلاً بالقاعدة المتفق عليها: «إعمال الكلام أولى من إهماله»[1].

السبب الثالث: التعارض الواقع في قول الشافعية ومن معهم بين الجانب النظري وبين الجانب التطبيقي، وذلك حينما اعتمدوا «الكفر» علّة في قتل الكفار عامة، من شيوخ ورهبان وسوقة.. لكنهم لم يردوا هذه العلة في النساء والصبيان والرسل والذميين، فمنعوا قتلهم، مع أن العلة - الكفر- التي اعتمدوها في قتل المشركين كافة موجودة فيمن منعوا قتلهم!

السبب الرابع: من أسباب ترك الأخذ بقول الشافعية ومن معهم تضارب التطبيقات التي جاءت فيه: إذ تمسَّك أصحابه -أولاً- بالأدلة العامة القاضية بقتل المشركين كافة، ثم خصَّصوها بأدلة خاصة تمنع قتل النساء والصبيان والرسل، وامتنعوا في نفس الوقت، من تخصيص العام -ذاته- بأدلة أخرى خاصة -توافق أصولهم- تحرم أيضاً قتل الشيوخ والرهبان وسائر الذين يتجنَّبون القتال ويعتزلون الحرب. ويعدُّ هذا العمل منهم ترجيحاً لبعض الأدلة على بعض دون مرجّح، مع أنها كلها تنسجم مع أصولهم.

السبب الخامس: سلامة وقوة استدلال الجمهور في كون «المقاتَلة» أو «المحاربَة» علة لقتال الكفار وقتلهم، وذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول: إيماء النبي -صلى الله عليه وسلم- إلى تلك العلة في الحديث الصحيح: «ماكانت هذه لتقاتِل»[2] ومفهومه: أنها لو قاتلت لقُتلت. وإيماؤه إليها

---

(١) شرح القواعد الفقهية ص٢٥٣.

(٢) سبق تخريجه في ص٢٧٧.

في أحاديث أخرى منها: «لاتقتلوا شيخاً فانياً»[1]. و «لاتقتلوا أصحاب الصوامع»[2]. و «لاتقتلوا امرأة ولاعسيفاً»[3]. فهؤلاء وأشباههم لايتأتى منهم قتال بحسب العادة وغلبة الظن.

الوجه الثاني: حين المقارنة بين العلة عند الشافعية (الكفر) وبين العلة عند الجمهور (المقاتَلة) يتضح أن علة الجمهور هي الراجحة؛ لأنها تشتمل على معنى أكثر مناسبة للحكم، وأعني: القتل، الذي قُصد به دفع مفسدة أو تحقيق مصلحة؛ بخلاف علة الشافعية التي تشتمل على معنى أقل مناسبة للحكم ذاته، وإن الاعتماد على علة فيها مناسبة أكثر للحكم، أولى وأرجح من الاعتماد على علة هي دون ذلك.

الوجه الثالث: أطرحه مؤيِّداً خارجياً لعلة الجمهور، وهو يتضمن بعض الآيات القرآنية الدالة على أنه: لاينبغي التعرض للذين يعتزلون القتال، كقوله تعالى: ﴿فإن اعتزلوكم فلم يقاتلوكم وألقوا إليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلاً﴾ ثم قوله سبحانه: ﴿فإن لم يعتزلوكم ويلقوا إليكم السَلَم ويكفُّو أيديهم فخذوهم واقتلوهم حيث ثقفتموهم أولئكم جعلنا لكم عليهم سلطاناً مبيناً﴾[4].

قال العلماء: في الآيتين منع قتل الكافرين ما التزموا بالشرط، وهو ترك الحِرابة، لأن الجزاء مسبب عن الشرط، والآيتان تدلان على أنه لايُتعرض لمن اعتزل القتال، وإن لم يُعِن المسلمين على قتال المشركين[5].

---

(١) سبق تخريجه في ص٢٦٠.

(٢) سبق تخريجه في ص٢٦٧.

(٣) سبق تخريجه في ص٢٧٧.

(٤) سورة النساء/ ٩٠-٩١.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ١٩٠ وروح المعاني ٥/ ١٠٠.

ومن المؤيدات أيضاً لعلة الجمهور -في هذا الوجه- أنه ليس أشد على المؤمنين من مقاتلة الكافرين لهم وحملهم السلاح ضدهم، ولو أنهم لم يفعلوا هذا، لاندحر الكفر وتقهقر أمام حجج المؤمنين، وقد أشار الله تعالى إلى هذا المعنى في طلب النبي موسى -عليه الصلاة والسلام- من فرعون وأعوانه أن يُخلُّوا بينه وبين الناس ليبلِّغهم دعوة الله، دون أن يعرضوا له بالحِرابة والمقاتلة، قال تعالى: ﴿أن أدُّوا إليَّ عباد الله إني لكم رسول أمين. وأن لاتعلوا على الله إني آتيكم بسلطان مبين. وإني عذت بربي وربكم أن ترجمون. وإن لم تؤمنوا لي فاعتزلون. فدعا ربه أن هؤلاء قوم مجرمون﴾[1]. وذلك حين عمدوا إلى السلاح ضده وضد أتباعه وعملوا على قتالهم، كما في الآية: ﴿وقال الملأ من قوم فرعون أتذر موسى وقومه ليفسدوا في الأرض ويذرك وآلهتك. قال سنقتِّل أبناءهم ونستحيي نساءهم. وإنا فوقهم قاهرون﴾[2].

الوجه الرابع: هو أيضاً من المؤيدات الخارجية المرجحة لعلة الجمهور، وبيانه: أن الفقهاء -بمن فيهم الشافعية- متفقون على أنه لايشهر السلاح ضد الخوارج، ولايقاتَلون إلا إذا أشهروا -هم- سلاحهم، وحاربوا جماعة المسلمين[3]. وفي هذا كتب أحد الأمراء إلى عمر بن عبدالعزيز يقول: إن الخوارج يسبُّونك؟ فكتب إليه يقول: " إنْ سبُّني فسبُّوهم أو اعفُوا، وإن شهروا السلاح فاشهروه عليهم؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- لم يتعرَّض للمنافقين الذين معه في المدينة، فلا يُتعرَّض لغيرهم أولى إلا إذا حمل السلاح[4]. ويفهم من هذا: أن القتل جزاء المقاتلين لا

(١) سورة الدخان/١٨-٢٢.

(٢) سورة الأعراف/١٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١٤٠ والشرح الكبير ٤/٢٩٨ وأسنى المطالب ٤/١١٢ والمغني ١٢/ ٢٤٤.

(٤) المغني ١٢/٢٤٩.

الموادعين، الذين يتجنّبون القتال ويعتزلونه.

فإن قيل: هذا قياس مع الفارق، فيقال: إن كلا الصنفين يشتركان في المعنى، من حيث كونهما منهياً عن قتلهما، مع اختلاف العلة فيهما.

ثانياً: أسباب ترك الأخذ بأقوال بقية مخالفي الجمهور:

يجدر التذكير بأن بقية مخالفي الجمهور هم: الإمام الشافعي -في زيادته الرهبان فقط- والإمام الأوزاعي والإمام الثوري، والكلام في هذا على النحو التالي:

أ- سبب ترك الأخذ بقول الشافعي: تقدم أن الإمام الشافعي وحده -دون فقهاء مذهبه- يرى في قول مرجوح له منع قتل الرهبان، زيادة على منع قتل النساء والصبيان والرسل[1]، وذلك من باب التأسي والاتباع لأبي بكر الصديق -رضي الله عنه- في وصيته المشهورة ليزيد، وليس من باب القياس على حد قوله رحمه الله[2].

ويُجاب عن هذا: بأن التأسي بالصديق -رضي الله عنه- لكونه صحابياً، يلزم منه التأسي -أيضاً- بعمر وابن عباس وجابر -رضي الله عنهم، الذين صح عنهم منع قتل الشيوخ والفلاحين والتجار والعسفاء وسائر السوقة، الذين لايظن أنهم يقاتِلون، فضلاً عما صح في هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم من منع قتل نظائر هؤلاء.

هذا، و لو أننا تأسَّينا ببعض الصحابة دون بعض، لقيل: إن هذا تحكم في الأخذ بالأدلة مع تساويها من حيث الحجية، فضلاً عن عدم

(١) انظر ص٢٥٦و٢٦٨.

(٢) الأم ٤/ ٢٤٠.

تعارضها.

ب- سبب ترك الأخذ بقولي الثوري والأوزاعي: تقدم أن الثوري والأوزاعي اعتمدا على السنة وآثار الصحابة في منع قتل الشيوخ، وأن الأوزاعي زاد منع قتل الحراث، فضلاً عما ذهبا إليه من منع قتل النساء والصبيان والرسل[1].

وتأسيساً على هذا، فإنه يلزمهما القول أيضاً بمنع قتل الرهبان والتجار والعسفاء وسائر السوقة الذين لايحاربون عادة، والذين صحت فيهم آثار الصحابة الناهية عن قتلهم في الحرب، فضلاً عما صحّ في هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم من منع قتل أشباه هؤلاء.

هذا، ولمجموع ماتقدم من الأسباب كان قول الجمهور -الحنفية والمالكية والحنابلة- أوفر حظاً وأرجح، من الأقوال الفقهية الأخرى، وهو ماذهب إليه من قبل عدد من الصحابة والتابعين.

---

(١) انظر ص٢٥٧.

الخاتمة
في بيان أهم معالم ونتائج هذا البحث

ألخّص أهم معالم ونتائج هذا البحث في الآتي:

أولاً: هناك مصطلحات فقهية تقابل مصطلح «المدنيين» المستعمل حديثاً، ومن تلك المصطلحات: غير المقاتلين، وغير المقاتلة، ومن لايحلُّ قتله من الكفرة الحربيين.

ثانياً: الحربيون: الكفار المنتمون إلى دولة غلب فيها حكم الكفر، وبينها وبين المسلمين حرب.

ثالثاً: لايلزم من وصف الكافر بالحربي: أنه مقاتل ومحارب، فبعض الحربيين كذلك، وبعضهم ليسوا مقاتلين كالنساء والصبيان.

رابعاً: اتفق الفقهاء على مشروعية قتل كل كافر يحارب المسلمين، بأي صورة من صور الحرب الحقيقية الحسية أو الحكمية المعنوية، كالإمداد بالسلاح والمال والمعلومات.. وذلك لدفع المفسدة عن مجتمع المسلمين.

خامساً: للفقهاء قولان رئيسان في المقصود بغير المقاتلة «المدنيين» الحربيين: الأول: يحصرهم في أصناف النساء والصبيان والرسل فقط، وهذا قول الشافعية وابن حزم وابن المنذر. والثاني -للجمهور-: يرى أنهم يتمثّلون في كل من لايتأتى منه القتال، لاعتبارات بدنية أوعرفية.

وهذا ماتلتقي به -إجمالاً- الاجتهادات الدولية المعاصرة، وليس من المستبعد أن تكون مستمدة من الفقه المالكي بالذات، من خلال اتصال

الفكر الغربي -في السابق- ببلاد الأندلس والمغرب وصقلية، حيث كان المذهب المالكي منتشراً ومعمولاً به.

سادساً: يصنف الجمهور المدنيين الذين لايتأتى منهم القتال للاعتبارات البدنية والعرفية على النحو التالي:

١- النساء ٢- الصبيان. ٣-الرسل

٤- الشيوخ. ٥- الرهبان ٦- الزَمْنى.

٧- السوقة كالتجار والمزارعين والعمال وأصحاب المهن والوظائف العاديين.

سابعاً: ظهر -في ضوء دراسة الأدلة ومرجحاتها الخارجية- أن قول الجمهور هو الأولى والأرجح، ويُقصد بالجمهور: علماء الصحابة والتابعين، وفقهاء الحنفية والمالكية والحنبلية .

ثامناً: ظهر من خلال البحث أن تعمّد قتل المدني حال اعتزاله الحرب -مع مراعاة هذا المفهوم بحسب أقوال الفقهاء- موجب للإثم شرعاً؛ وذلك لارتكاب المقاتل المسلم مانهي عنه، وعليه التوبة والاستغفار فقط، ولاتجب عليه الكفارة، وفي وجوب الدية قولان: الأول: تجب، والثاني: لاتجب، وهذا ماذهب إليه فقهاء الجمهور الآنف ذكرهم، وهو الأولى في ضوء الأدلة.

هذا، ولأمير الجهاد أو نائبه -حسب التعبير الفقهي- تعزير (معاقبة) من يتعمُد قتل مدني حال اعتزاله الحرب.

تاسعاً: ليس على قاتل المدني خطأً إثم ولاكفارة فيما يظهر من كلام الفقهاء، وفي وجوب الدية عليه قولان، بحسب ماتقدم في حالة العمد.

عاشراً: الإشارة إلى أن الاجتهادات الدولية المعاصرة في موضوع معاملة المدنيين حال الحرب، تلتقي في مجملها مع الاجتهادات الفقهية، وربَّما لاتتفق معها في بعض الصور العملية والحالات التطبيقية، علماً بأن المسلمين -بعبر تاريخهم- كانوا ملتزمين بتعاليم دينهم فيما يخصُّ معاملة المدنيين حال الحرب، في حين أنه كان الحال غير ذلك عند غيرهم قديماً وحديثاً، حيث إن الذي جرى -ويجري على الساحة الدولية، تحت سمع وبصر الهيآت الأممية- تشيب من هوْله الولدان، وتفزع منه النفوس البشرية. وصدق الله العظيم القائل: ﴿ بل جاءهم بالحق وأكثرهم للحق كارهون. ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن﴾ الآية/ ٧٠-٧١ من سورة «المؤمنون».

فهرس المصادر والمراجع

كتب التفسير:

١- أحكام القرآن، للجصاص - طبع اسطنبول ١٣٢٥هـ.

٢- أحكام القرآن، لابن العربي- ط٢ لعيسى البابي بمصر ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م.

٣- التحرير والتنوير، لابن عاشور- طبع الدار التونسية للنشر ١٩٨٤م.

٤- الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ط١ لدار الكتب المصرية بالقاهرة ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م.

٥- الدر المنثور في التفسير بالمأثور، للسيوطي- طبع دار الفكر ببيروت ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

٦- روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، للآلوسي - المطبعة المينرية بمصر د.ت.

٧- زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي-ط١ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٣٨٤هـ/ ١٩٦٤م.

كتب الحديث وعلومه:

١- بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، للبنا - طبع دار الشهاب بالقاهرة- طبع ٣ لدار العلم بجدة ١٤٠٤هـ.

٢- التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح، للعراقي- ط٢ لدار الحديث ببيروت ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٤م.

٣- تهذيب التهذيب، لابن حجر-نشر دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة د.ت.

٤- جامع الأصول في أحاديث الرسول، لابن الأثير، تحقيق الأرناؤوط - ط١

بدمشق ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.

٥- سنن البيهقي، ط١ بحيدر آباد الدكن بالهند ١٣٥٦هـ

٦- سنن سعيد بن منصور، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي- ط١ لدار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م.

٧- سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي - طبع دار إحياء التراث د.ت.

٨- شرح صحيح مسلم للنووي (المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج) دار الفكر ببيروت د.ت.

٩- عمدة القاري في شرح صحيح البخاري، للعيني- المطبعة المينرية بمصر د.ت.

١٠- عون المعبود على سنن أبي داود، لشمس الحق آبادي، تحقيق عبدالرحمن عثمان- طبع دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.

١١- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر- المطبعة السلفية بمصر د.ت.

١٢- الفتح الرباني بترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، للبنا- مطبوع مع بلوغ الأماني، فانظره فيه.

١٣- قواعد التحديث في فنون مصطلح الحديث، لمحمد جمال الدين القاسمي- ط١ لدار النفائس ببيروت ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.

١٤- اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان، لمحمد فؤاد عبدالباقي- طبعة عيسى البابي الحلبي بمصر ١٣٦٨هـ/ ١٩٤٩م.

١٥- المستدرك للحاكم - نشر مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، تصوير محمد أمين دمج ببيروت.

١٦- المسند، لأحمد بن حنبل (بهامشه منتخب كنز العمال للهندي) ط١

للمكتب الإسلامي بيروت ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م.

١٧- المصنف (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار) لابن أبي شيبة، ضبط وتقديم كمال الحوت- ط١ لدار التاج ببيروت ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.

١٨- المصنف لعبد الرزاق، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي -ط١ بيروت ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م.

١٩- الموطأ، لمالك بن أنس- ط١ لدار النفائس ببيروت ١٣٩٠هـ.

٢٠- نصب الراية لأحاديث الهداية، للزيلعي- ط١ بالهند ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م.

٢١- النهاية في غريب الحديث والأثر، لابن الأثير-ط١ لعيسى البابي ١٣٨٣هـ/ ١٩٦٣م.

٢٢- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني- طبع دار القلم ببيروت د.ت.

كتب أصول الفقه وقواعده :

١- الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي- طبع دار الكتب العلمية ببيروت د.ت.

٢- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني. ط١ مصطفى البابي الحلبي بمصر ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م.

٣- شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا. ط١ دار الغرب الإسلامي ببيروت ١٣٠٤هـ/ ١٩٨٣م.

كتب الفقه:

أولاً : كتب المذهب الحنفي:

١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني- دار الكتب العلمية ببيروت د.ت.

٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي. ط٢ لدار المعرفة بييروت. د.ت.

٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للحصكفي- دار الكتب العلمية بيروت د.ت.

٤- رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين- انظره في الدر المختار.

٥- فتح القدير شرح الهداية لابن الهمام - دار إحياء التراث العربي بيروت د.ت.

٦- الكفاية على الهداية للكرلاني. مطبوع مع فتح القدير فانظره فيه.

٧- اللباب في شرح الكتاب للميداني - تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد- دار الكتاب العربي ببيروت د.ت.

٨- المبسوط، للسرخسي- ط٢ لدار المعرفة ببيروت د.ت.

٩- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) لقاضي زاده. مطبوع مع فتح القدير فانظره فيه.

ثانياً : كتب المذهب المالكي :

١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ط٩ دار المعرفة ببيروت ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٨م.

٢- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للآبي. ط١ مكتبة الثقافة ببيروت. د.ت.

٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدسوقي- طبع مصطفى محمد بمصر ١٣٥٥هـ/ ١٩٣٦م.

٤- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل. دار صادر ببيروت.د.ت.

٥- الشرح الكبير لمختصر خليل للدردير. مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، فانظره هناك.

٦- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية لابن جزيّ. دار القلم بيروت د.ت.

٧- كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للشاذلي. دار الفكر ببيروت. د.ت.

٨- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء أفريقيا والأندلس والمغرب للونشيرسي. دار الغرب الإسلامي ببيروت ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

٩- منح الجليل على مختصر خليل لعليش. غير مذكور مكان وزمان الطبع.

ثالثاً: كتب المذهب الشافعي:

١- أسنى المطالب شرح روض الطالب، للأنصاري. المكتبة الإسلامية ببيروت د.ت.

٢- الأم، للشافعي، طبع مصطفى محمد بمصر د.ت.

٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي. ط٢ للمكتب الإسلامي ببيروت ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٤- شرح المحلّى على منهاج الطالبين (كنز الراغبين) مطبوع مع حاشية القليوبي، بدار الفكر ببيروت. د.ت.

رابعاً: كتب المذهب الحنبلي:

١- الإقناع للحجاوي، طبع مصطفى محمد بمصر. ب.ت.

٢- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، تحقيق محمد حامد

الفقي-ط١ بمصر ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م.

٣- حاشية الروض المربع للعاصمي، ط٢ بالرياض ١٤٠٣هـ

٤- المبدع شرح المقنع لابن مفلح. طبع المكتب الإسلامي ببيروت ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤م.

٥- مجموع الفتاوى ابن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن قاسم- طبع الرياض ١٤١٢هـ/ ١٩٩١م.

٦- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني- طبع المكتب الإسلامي بدمشق د.ت.

٧- المغني في الفقه، لابن قدامة، تحقيق د. التركي وزميله- ط٢ بالقاهرة ١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م.

خامساً: كتب المذاهب الأخرى:

١- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، للمرتضى-ط٢ لمؤسسة الرسالة ببيروت ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٥م.

٢- المحلى، لابن حزم، تحقيق أحمد شاكر. طبع دار التراث بمصر د.ت.

كتب الأحكام السلطانية والسِيَر:

١- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، للماوردي. ط٣ لمصطفى البابي بمصر ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٣م.

٢- الأحكام السلطانية، لأبي يعلى، تعليق الفقي. ط٣ للبابي الحلبي بمصر ١٣٨٦هـ /١٩٧٣م.

٣- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون. ط٢ بمصر

١٣٥٦/ ١٩٣٧م.

٤- الخراج، للقاضي أبي يوسف. ط٣ للمطبعة السلفية بالقاهرة ١٣٨٢هـ/

٥- السِيَر الكبير، للشيباني، تحقيق د. المنجد. طبع بمصر ١٩٥٧م.

٦- شرح السِيَر الكبير، للسرخسي، مطبوع مع السير الكبير، فانظره فيه.

كتب السيرة والتاريخ والتراجم واللغة :

١- البداية والنهاية، لابن كثير. ط٢ لمكتبة المعارف ببيروت ١٩٨٠م.

٢- جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجَة البحر الزخار، للصعدي- مطبوع مع البحر الزخار فانظره هناك.

٣- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم. طبع دار الفكر ببيروت د.ت.

٤- السيرة النبوية، لابن هشام، تحقيق السقا وزميليه. طبع دار إحياء التراث العربي ببيروت د.ت.

٥- المقدمة، لابن خلدون. طبع دار الكتاب اللبناني ببيروت ١٩٨٢م.

كتب اللغة:

١- تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي. غير مذكور مكان وزمان الطبع.

٢- الصحاح (تاج اللغة وصحاح اللغة العربية) للجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور العطا. ط٢ لدار العلم للملايين ببيروت ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

٣- القاموس المحيط، للفيروز آبادي. ط مصطفى البابي بمصر ١٣٧١هـ/ ١٩٥٢م.

٤- المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية بالقاهرة. ط٢ لدار المعارف بالقاهرة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

كتب أخرى عصرية :

١- آثار الحرب، للدكتور وهبة الزحيلي. ط٣ لدار الفكر بدمشق د.ت.

٢- أحكام السجن ومعاملة السجناء في الإسلام، للدكتور حسن أبو غدة. ط١ لمكتبة المنار بالكويت ١٤٠٧/ ١٩٨٧م.

٣- تاريخ أوربا في العصر الحديث، للدكتور فِشَر، تعريب : أحمد نجيب هاشم وزميليه ط٥ لدار المعارف بمصر د.ت.

٤- الحقوق الدولية العامة، للدكتور فؤاد شباط. طبع جامعة دمشق ١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م.

٥- القانون الدولي العام في السلم والحرب، للدكتور الشافعي محمد البشير- طبع القاهرة ١٩٧٤م.

٦- مبادىء القانون الدولي العام، للدكتور محمد حافظ غانم. ط القاهرة ١٩٦٨م.

انتهى بحمد الله تعالى؛؛؛

□□□

It is evident that premeditated killing of a civilian who has relinquished fightig is a sinful act. Killers of such civilians must repent, but are not to atome.

As to the obligation towards blood money, there are two opinions, the first considers it obligatory and the other considers it not, which is the most acceptable.

Accidental killing of above category is neither sinful nor subject to blood but the obigation towards blood money is similar to premeditated kiling.

□□□

Abstract

Categories of Militarized Civilians and Provision for Killing thereof Upon Relinquishing Fighting

prepared by

Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Ghuddah
Asst. Professor, Islamic Studies Dept of Faculty of Education, King Saud University, Riyadh

The paper initially indicates that Islamic jurisprudence has terminolgy equivalent to the more recent term "Civilians". Among such terms are: non-fighters, those militarized infidels whose killing is prohibited; military personnel being infidels belonging to a state infidel, in war with Muslims.

For an infidel to be labelled "military", it is not a must that he be a fighter or warrior for some are such, and some are not (such as women and children). Jurists (scholars) have agreed to the legality of killing any infidel fighting Muslims in any form of real or moral war, such as supplying arms, money or information; the ultimate objective being to head off harm to an Islamic society.

Scholars have two main verdicts as to what is meant by non-fighting militarized civilians; the first confines these to women, children, and envoys only; while the second extends it to all who do not fight for physical or conventional considerations. This second definition is the sum total of contemporary international interpretations.



الجزء الخاص بعرض
المبادىء القضائية والمؤلفات العلمية

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمع بين الدية والتعويض *

في قضاء المحكمة الاتحادية العليا

وفقاً لنص المادة ٢/٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥

النص القانوني:

نصت المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ على أنه:

«يلزم التعويض عن الأذى الذي يقع على النفس.

على أنه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش فلا يجوز الجمع بين أي منها وبين التعويض، مالم يتفق الطرفان على غير ذلك».

المبادىء في تطبيق النص:

في الجمع بين الدية والتعويض للمضرور

أولاً: في الجمع بين الدية عن الضرر الأصلي، والتعويض عن الضرر ذاته:

المبدأ: لايجوز أن يقضى بتعويض إضافي عن ذات الوفاة في حالة الموت أو بتعويض إضافي عن ذات العضو من الجسم حالة بتره أو ذهاب معناه أو قلعه أو جرحه جرحاً جائفاً أو شجه بجانب دية الوفاة أو الأرش المقدر شرعاً لإصابة ذلك العضو أو الجزء من الجسم.

* عرض الأستاذ أسيد محمد أديب كيلاني - المساعد العلمي بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

فقد قضت المحكمة، بقولها: « إن المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية الاتحادي ٥ لسنة ١٩٨٥ نصت على أنه يلزم التعويض عن الإيذاء الذي يقع على النفس، على أنه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش فلا يجوز الجمع بين أي منهما وبين التعويض مالم يتفق الطرفان على غير ذلك. ولما كان المقصود من ذلك التخصيص والاستثناء الوارد في هذه المادة وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه لايجوز أن يقضى بتعويض إضافي عن ذات الوفاة في حالة الموت أو بتعويض إضافي عن ذات العضو من الجسم حالة بتره أو ذهاب معناه أو قلعه أو جرحه جرحاً جائفاً أو شجه بجانب دية الوفاة أو الأرش المقدر شرعاً لإصابة ذلك العضو أو الجزء من الجسم مالم تكن هناك أضرار أخرى لم تغطها الدية أو الأرش المقدر. وإن سند ذلك وعلى نحو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم إن « المسلمون تتكافأ دماؤهم» والأحاديث النبوية التي حددت الدية وساوت بين جميع المسلمين فيها لافرق بين غني وفقير عامل أو غير عامل»[1].

ثانياً : في الجمع بين الدية عن الضرر الأصلي، والتعويض عن الضرر التابع الأدبي:

اتجاه قضائي أول:

المبدأ: يصح الجمع بين طلب الدية أو الأرش وطلب التعويض عن الأضرار الأخرى التي لحقت بالمضرور والتي تخرج عن نطاق الأضرار التي تغطيها الدية أوالأرش، ومنها الأضرار الأدبية وفقاً للمادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية.

فقد قضت المحكمة، بأنه: « استقر قضاء هذه المحكمة على أن لصاحب الحق في

---

(١) الطعن رقم ٩ لسنة ١٩ ق.ع نقض مدني، بجلسة ١٤/٧/١٩٩٧م.

الدية أو الأرش أن يطلب استكمال التعويض عن الأضرار الأخرى التي لايفي مقدار الدية التعويض عنها، وعلى أن التعويض يقدر بقدر الضرر، والضرر قد يكون مادياً يتمثل في الإخلال بحق أو بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية ويشمل مالحق المضرور من خسارة ومافاته من كسب، كما قد يكون الضرر أدبياً، وفي هذه الحالة يجوز التعويض عن الأضرار غير المادية، وهذا المبدأ له أصله في الشريعة الإسلامية وقد أخذ به المشرع بنص صريح في المادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية»[1].

وقضت أيضاً: «يصح الجمع بين طلب الدية أو الأرش وطلب التعويض عن الأضرار الأخرى التي لحقت بالمجني عليه من جراء الجريمة والتي تخرج عن نطاق الأضرار التي تغطيها الدية أو الأرش، وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، وكذلك يصح الحكم بالتعويض عن الأضرار الأدبية وفقاً للمادة ٢٩٣ من قانون المعاملات المدنية»[2].

اتجاه قضائي ثان:

المبدأ: لايجوز لمن قضي له بالدية إعادة طلب التعويض عن الأضرار الأدبية أو النفسية مرة أخرى؛ لأن الحكم بالدية يكون قد شملها بالضرورة لدخول ذلك الطلب في الغاية من الحكم بالدية وهي جبر آلام المضرور النفسية والمعنوية التي سببها الفعل الضار.

فقد قضت المحكمة، بقولها: «وحيث إن هذا النعي سديد -لما هو مقرر وجرى به قضاء هذه المحكمة- بأنه لايجوز لمن قضي له بالدية إعادة طلب التعويض عن الأضرار الأدبية أو النفسية مرة أخرى لأن الحكم بالدية يكون قد شملها بالضرورة لدخول ذلك

(١) الطعن رقم ١٨٤ لسنة ١٣ القضائية، بجلسة ٧/٧/١٩٩٢م.

(٢) الطعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ القضائية، بجلسة ١٧/١/١٩٩٣م.

الطلب في الغاية من الحكم بالدية وهي جبر آلام المضرور النفسية والمعنوية التي سببها الفعل الضرر، ولما كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمضرور بمائتي ألف درهم كتعويض أدبي فإنه يكون قد جمع بين القضاء بالدية والتعويض الأدبي عن الضرر الواحد بالمخالفة لحكم المادة (٢٩٩) من قانون المعاملات المدنية بما يوجب نقضه جزئياً في هذا الخصوص، والقضاء في موضوع الاستئناف رقم ١٥١ لسنة ٩٦ برفض طلب هذا النوع من التعويض»[1].

وقضت أيضاً: «استقر قضاء هذه المحكمة بأحكام عديدة متتالية على أن الدية إنما تغطي الآلام النفسية أو المعنوية»[2].

ثالثاً: في الجمع بين الدية عن الضرر الأصلي، والتعويض عن الضرر التابع المادي:

المبدأ: القضاء بالدية أو الأرش للمضرور لايحول دون طلب التعويض عن الأضرار المادية التي لحقت به؛ لأنها تخرج عن نطاق الأضرار التي غطتها الدية، وليس في ذلك جمع بين الدية أو الأرش وبين التعويض.

فقد قضت المحكمة، بقولها: «ذلك أن الدية إلى جانب أنها عقوبة أصلية فهي أشبه بالتعويض، وباعتبارها عقوبة فلا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد كما أنها ذات حد واحد ليس للقاضي أن ينقص منها أو يزيد عليها فمقدارها ثابت لكل جريمة وكل حالة، فدية الصغير كدية الكبير والقوي كالضعيف والوضيع كالشريف والحاكم كالمحكوم، وبغض النظر عن مدى الضرر الذي ألحقه فعل الجاني بالمجني عليه قل أو كثر

(١) الطعن رقم ٥٨٢ و ٦٣٨ لسنة ١٨ ق.ع نقض مدني، بجلسة ١٧/٢/١٩٩٨.

(٢) الطعن رقم ٥٨ لسنة ١٥ القضائية، بجلسة ٢٧/٤/١٩٩٣.

ثبت أو تفاقم. أما من حيث اعتبارها شبيهة بالتعويض فلدخولها في مال المجني عليه بغية ترضيته أو ورثته. وبذلك فلا على المضرور إن هو طالب باستكمال مايراه من تعويض لجبر ما أصابه من ضرر لاتفي به الدية ولا يعد ذلك منه بمثابة الجمع بين تعويضين أو بين الدية وبين التعويض إذ أنه-والحالة هذه- إنما يطالب بالتعويض عن أضرار أخرى نشأت عن خطأ الجاني ولاتغطيها الدية، وقد استقر قضاء هذه المحكمة بأحكام عديدة متتالية على أن الدية إنما تغطي الآلام النفسية أو المعنوية أما المادية فإنها تغاير تلك التي تغطيها الدية وبذلك يلتزم مرتكب الفعل الضار بالتعويض عنها بالإضافة إلى التزامه بالدية، وأنه لاتعارض في ذلك ونص المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية إذ أن ما تعنيه هو عدم جواز تعويض المضرور عن أضرار استحقت الدية تعويضاً عنها لأنه في هذه الحالة يكون قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد وهو غير جائز شرعاً أو قانوناً»[1].

وقضت أيضاً: «إن ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ من أنه في الحالات التي تستحق فيها الدية أو الأرش فلا يجوز الجمع بين أي منهما وبين التعويض مالم يتفق على غير ذلك، لايحول بين من قضي له بالدية أو الأرش وبين طلب التعويض عن ا لأضرار الأخرى التي لحقت به من جراء الجريمة والتي تخرج عن نطاق الأضرار التي غطتها الدية، وليس في ذلك جمع بين الدية أو الأرش وبين التعويض. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أنه وفقاً للشهادة الصادرة عن جهة عمل المطعون ضده بالدائرة الخاصة سالفة الذكر أنه قد تم الاستغناء عن خدماته في ٧ / ١٢ / ١٩٨٨ وذلك بسبب عجزه عن العمل بسبب

---

(١) الطعن رقم ٥٨ لسنة ١٥ القضائية، بجلسة ٢٧ / ٤ / ١٩٩٣م.

الحادث وأنه كان يبلغ من العمر في هذا الوقت أربعة وأربعين عاماً وأنه يقدر الضرر الجابر له بمبلغ مائتي ألف درهم، وكان ماخلص إليه الحكم المطعون فيه من جواز الجمع بين الدية والتعويض بسبب الاستغناء عن خدمات المطعون ضده الأول لعجزه عن أداء العمل بسبب الإصابات التي لحقت به من جراء الحادث وهو ضرر آخر مغاير للدية، يتفق وصحيح القانون »[1].

في الجمع بين الدية والتعويض لورثة المضرور

أولاً: في الجمع بين الدية، والتعويض عن الأضرار المادية المباشرة التي أصابت ورثة المضرور:

المبدأ: يجوز لمن قضي له بالدية طلب التعويض عن الأضرار المادية المباشرة التي لحقته بسبب موت مورثه خاصة، والتي لاتغطيها الدية.

فقد قضت المحكمة، بأن « ثمة فروقاً جوهرية تميز الدية عن التعويض، إذ الغاية منها هو ترضية ورثة المجني عليه ومقدارها لا يخضع لتقدير القاضي وتستوفى من مال الجاني أو من عاقلته حسب الأحوال، أما التعويض فهو جبر الضرر وهو واجب الإثبات مادياً كان أو معنوياً وهو يخضع لتقدير القاضي. ومن ثم فمن قضي له بالدية فإنه ذلك لايمنعه من طلب التعويض عن الأضرار المادية المباشرة التي تلحقه خاصة بسبب موت المورث والتي لاتغطيها الدية... أما الأضرار المادية فإنه يجوز المطالبة بها، وهو ضرر ليس مفترضاً بل هو ضرر واجب الإثبات على من يدعيه تطبيقاً لقاعدة أنه لاضرر ولاضرار وأن الضرر يجب أن يزال، فإذا ما ثبت فإنه لايكون هناك جمع بين الدية

(١) الطعن رقم ٢٦٣ لسنة ١٤ القضائية، بجلسة ١٣/٦/١٩٩٣م.

والتعويض في مفهوم المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية ٥ لسنة ١٩٨٥، لأن الدية وإن كانت في حقيقتها عقوبة أصلية وتعويضاً معاً إلا أن ذلك لايحول دون المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي لم تتناوله الدية بأن يثبت الورثة الذين فقدوا عائلهم أنه كان يعولهم ولم يترك لهم مالاً ظاهراً يكفي لنفقتهم وأنه لايوجد لهم أي مصدر آخر للرزق»[1].

وقضت أيضاً : « لما كانت الدية شرعاً هي المال الواجب دفعه عوضاً عن الجناية على النفس أو مادونها فإنها بجانب اعتبارها عقوبة على الفعل الضار تشكل تعويضاً للأهل عن فقد ذويهم وتعويضاً للمضرور عن حرمانه من العضو التالف أو منفعته. وعليه فإذا ترتبت على الجناية أضرار أخرى خلاف ذلك الذي يتمثل في فقد الأهل لعزيز لديهم أو فقد المضرور لأحد أعضاء بدنه أو منفعته، كما لو فقدت زوجة القتيل وأولاده الصغار للمصدر الذي كانوا يعتمدون في معيشتهم على دخله من العمل فهو ضرر يزيد على ذلك المتمثل في الآلام التي تصيبهم نتيجة فقد عزيز لديهم أو كإنفاق أهل القتيل أموالاً على علاجه قبل موته أو فقد المضرور عمله الذي هو مورد رزقه أو إنفاقه شيئاً من ماله على علاج نفسه، فإن مرتكب الفعل الضار يلزم بتعويض هذه الأضرار وذلك بالإضافة إلى التزامه بالدية، ولايعد ذلك من قبيل الجمع بين الدية والتعويض الممنوع بحكم المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية لأن مقصودها هو عدم جواز تعويض المضرور عن أضرار استحقت الدية تعويضاً عنها لأنه في هذه الحالة يكون قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد وهو مالايجوز شرعاً وقانوناً»[2].

---

(١) الطعنان رقما ٢٣٣، ٢٣٧ لسنة ١٣ القضائية، بجلسة ٣١/٥/١٩٩٢م.

(٢) الطعنان رقما ٢٨، ٧٨ لسنة ١٤ القضائية، بجلسة ٢٦/١/١٩٩٣م.

ثانياً : في الجمع بين الدية، والتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابت ورثة المضرور:

المبدأ : لايجوز لمن قضي له بالدية إعادة طلب التعويض عن الأضرار الأدبية والنفسية أو المعنوية مرة أخرى؛ لأن الحكم بالدية قد شملها بالضرورة لدخول ذلك الطلب في الغاية من الحكم بالدية وهي ترضية الورثة ومواساتهم عن فقد مورثهم.

فقد قضت المحكمة، بقولها: «إن ثمة فروقاً جوهرية تميز الدية عن التعويض، إذ الغاية منها هو ترضية ورثة المجني عليه ومقدارها لايخضع لتقدير القاضي وتستوفى من مال الجاني أو من عاقلته حسب الأحوال، أما التعويض فهو جبر الضرر وهو واجب الإثبات مادياً كان أو معنوياً وهو يخضع لتقدير القاضي. ومن ثم ...... لايجوز لمن قضي له بالدية إعادة طلب التعويض عن الأضرار الأدبية والنفسية أو المعنوية مرة أخرى لأن الحكم بالدية قد شملها بالضرورة لدخول ذلك الطلب في الغاية من الحكم بالدية وهي ترضية الورثة ومواساتهم عن فقد مورثهم......، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه وإن خلص سديداً في شقه المتعلق برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لاختلاف موضوع الدعويين المدنية والجنائية بين المطالبة بالدية والتعويض المادي، إلا أنه خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله وشابه القصور في التسبيب بإعادة قضائه بالتعويض عن الضرر الأدبي والمعنوي للمدعيين رغم عدم جوازه لدخوله ضمن الدية المحكوم بها كترضية لورثة المتوفى وجبراً لهم عما أصابهم من أضرار عن الآلام النفسية بسبب فقده»[1].

□□□

---

(١) الطعنان رقما ٣٣، ٣٧، لسنة ١٣ القضائية، بجلسة ٣١/٥/١٩٩٢م.

بسم الله الرحمن الرحيم

عرض لكتاب «الحاسوب والقانون»

للأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة

الناشر: مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الطبعة الأولى ١٩٩٥م

يتناول هذا الكتاب موضوعاً هاماً يدور حول مدى حجية مخرجات الحاسوب في الإثبات. وتبدو الصعوبة في أن المشرع قد وضع - في دولة الإمارات ومصر والكويت- عدة شروط في الدليل الكتابي لعل أهمها أن يكون موقعاً بالمعنى الفني المقصود في هذا المجال. وهذا الكتاب -باختصار شديد- محاولة لمعرفة مدى توافر شروط الدليل الكتابي بالنسبة لمخرجات الحاسب الإلكتروني.

وقد بدأ الكتاب -في فصل تمهيدي- بالتعرض لماهية مخرجات الحاسب الإلكتروني من الناحية الفنية وأنواعها ومدى انتشارها في الواقع العملي. سواء من حيث كون الحاسوب وسيلة لنقل المعلومات، أو وسيلة للوفاء، أو وسيلة لتخزين المعلومات.

ثم قسم الباحث الكتاب إلى بابين: الأول تناول فيه نشأة الدليل الكتابي، وتناول -في الثاني- حفظ الدليل الكتابي. وقد عرض الكتاب -في الباب الأول- لشروط نشأة الدليل الكتابي من حيث عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه، ومن حيث كونه مكتوباً وموقعاً. ثم عرض الكتاب -في الفصل الثاني- لوضع مخرجات الحاسب الإلكتروني ومدى توافر شروط الدليل الكتابي فيها سواء في ظل القواعد العامة

للإثبات أو القواعد الخاصة. وعرض الكتاب -ضمن المبادىء العامة للإثبات- لمبدأ الثبوت بالكتابة وتعذر الحصول على دليل كتابي ولمدى صحة اتفاق الإثبات. ثم عرض -ضمن النصوص الخاصة- لقانون الهيئة العامة للمعلومات المدنية بالكويت، والقانون الفرنسي، والقانون الأنجلو-أمريكي.

ثم عرض الكتاب -في الباب الثاني- لمشكلة حفظ الدليل الكتابي موضحاً أن أصل المشكلة يتمثل في التزام البعض -قانوناً- بحفظ بعض المستندات لمدة زمنية ليست قصيرة. الأمر الذي يترتب عليه صعوبة تخزين هذه المستندات واسترجاعها. وتساءل الكاتب عن مدى إمكانية استخدام الحاسوب لحفظ هذه المستندات من الناحية القانونية، عارضاً لتجربة القانون الفرنسي، ثم للقواعد العامة في القانونين المصري والكويتي.

وقد ظهر واضحاً -من خلال الكتاب- عدم ملاءمة معظم قواعد الإثبات -في ظل نصوص القانون الحالي- بالنسبة لقبول «مستخرجات» الحاسب الإلكتروني وحجيتها في الإثبات. وفي ظل هذا الوضع يبدو تدخل المشرع أمراً تفرضه اعتبارات عملية واقتصادية لتنظيم حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات. لكن تدخل المشرع، على فرض اقتناعه بذلك، يحتاج إلى وقت قد يطول، ولذلك تبدو فائدة البحث عن بعض الحلول التي يمكن الأخذ بها في ظل نصوص قانون الإثبات الحالي.

ومن هنا سارت الدراسة في اتجاهين: تقديم بعض الاقتراحات التي يمكن للمشرع الأخذ بها إذا ما أراد يوماً - ونرجو أن يكون ذلك قريباً- أن ينظم هذا الموضوع بنصوص خاصة، واقتراح بعض الحلول التي يمكن -عملاً- الأخذ بها في ظل نظم الإثبات المعمول بها حالياً.

أولاً: اقتراحات تشريعية:

يجب، في اعتقاد الباحث، أن يتدخل المشرع لتعديل بعض مواد قانون الإثبات على النحو الآتي:

١- مبدأ عدم جواز إثبات التصرفات القانونية -كقاعدة- إلا بالكتابة:

يقرر الباحث أن المادة ٣٩ إثبات كويتي، وتقابلها المادة ٦٠ إثبات مصري[1]، قد وضعت مبدأين رئيسيين في الإثبات: مبدأ الإثبات: مبدأ الإثبات الحر في المواد التجارية، ومبدأ الإثبات المقيد في المواد المدنية. ويعني هذا المبدأ الأخير عدم جواز إثبات التصرفات القانونية، إذا تجاوزت قيمتها حداً معيناً أو كانت غير محددة، إلا بالكتابة أو مايقوم مقامها، وهذا المبدأ يقف عقبة أمام الاعتراف لمخرجات الحاسب الإلكتروني بحيجة في الإثبات حيث إن شروط الدليل الكتابي لا تتوافر -غالباً- بالنسبة لهذه المخرجات على اختلاف أنواعها.

وبالرغم مما قيل في مزايا الكتابة كدليل إثبات، إلا أن هذا المبدأ يعيبه أنه قد يؤدي -أحياناً- إلى ضياع الحق على صاحبه لمجرد عدم توافر بعض الشكليات التي لاتمنع من كونه صاحباً للحق محل النزاع. ولعل هذا هو ماجعل البعض يصف قواعد الإثبات بأنها أحد أجزاء القانون المدني المخيبة للآمال. ويعتقد الباحث أن الحل يكمن في أحد أمرين:

الأمر الأول: إلغاء هذا المبدأ كلية والأخذ بمبدأ الإثبات الحر كما هو الحال في الإثبات في المواد التجارية والجنائية. ويصبح المبدأ العام المعمول به هو حرية الإثبات

(١) راجع في ذات المعنى أيضاً المادة ٣٥ من قانون الإثبات الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م بدولة الإمارات العربية المتحدة.

في المواد المدنية والتجارية إلا بالنسبة لبعض العقود التي يشترط القانون الكتابة لإثباتها.

ويترتب على ذلك جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات: الكتابة أو غيرها من أدلة الإثبات الأخرى. وهكذا، بعد أن كان لايقبل في إثبات التصرفات القانونية سوى الأدلة الكتابية، أصبح من الممكن -في ظل الاقتراح الجديد- قبول أدلة أخرى كالبينة والقرائن مثلاً. لكن يبقى للدليل الكتابي أفضليته من حيث قوته أو حجيته في الإثبات. فهو دليل ملزم للقاضي إذا توافرت شروطه القانونية، بينما يترك للقاضي تقدير حجية غيره من الأدلة. فالاقتراح الجديد ينصب -فقط- على قبول دليل الإثبات وليس على حجيته وقوته في الإثبات.

ويترتب على هذا التعديل إلغاء الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز إثبات التصرفات القانونية، كقاعدة، إلا بالكتابة، وذلك لانتفاء الحاجة إليها.

الأمر الثاني: الإبقاء على مبدأ عدم جواز إثبات التصرفات القانونية، كقاعدة إلا بالكتابة مع إدخال بعض التعديلات عليه وهي:

أ- رفع الحد الذي يجوز في حدوده الإثبات بكافة طرق الإثبات. فالمشرع، في مصر والكويت، لم يوجب إثبات التصرف المدني بالكتابة إلا إذا كانت قيمة محل التصرف قد تجاوزت حداً معيناً: مائة جنيه مصري، ٥٠٠ دينار كويتي، ٥٠٠٠ درهم إماراتي أو كانت قيمته غير محددة. ونعتقد أنه يجب -مرحلياً- رفع هذا الحد إلى خمسة آلاف دينار (وكذلك خمسة آلاف جنيه) تمشياً مع السرعة في المعاملات التي يتميز بها هذا العصر. وبذلك نبقي على

مبدأ الإثبات المقيد بالنسبة للتصرفات ذات القيمة المرتفعة فقط.

ب- تعديل الاستثناء الخاص بوجود «بداية» ثبوت الكتابة بطريقة تجعله أكثر مرونة واتفاقاً مع الواقع. فالقانون، في مصر والكويت، يجيز الإثبات بكافة طرق الإثبات فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة. وقد اشترط القانون لوجود «بداية» الثبوت بالكتابة توافر، حسب نص المادة ٤١ إثبات كويتي[1]، ثلاثة شروط: وجود ورقة مكتوبة، صادرة عن الخصم، من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال.

و يرى الباحث أنه يجب إلغاء الشرط الأول وتعديل المادة ٤١ أولاً على الوجه الآتي: «... ويعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة كل مايصدر من الخصم ويكون من شأنه أن يجعل وجود التصرف المدّعى به قريب الاحتمال». وقد يكون مايصدر عن الخصم «كتابة» كما قد يكون تسجيلاً صوتياً، أو شريطاً ممغنطاً..الخ، وليس هناك مايبرر استبعاد هذه الأور طالما أنها تجعل الأمر محل النزاع قريب التصديق. وبالتالي تقتصر شروط مبدأ الثبوت بالكتابة على اثنين فقط: مصدره وأثره. وهكذا يمكن -في ضوء هذا التعديل- اعتبار مخرجات الحاسب الإلكتروني «بداية» ثبوت الكتابة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة كالأشرطة والأسطوانات الممغنطة، والتسجيلات الصوتية وغير ذلك.

٢- فكرة التوقيع:

يرى الباحث أن الدليل الكتابي الكامل له عنصران ولاوجود له -قانوناً- بدونهما أو بدون أحدهما: الكتابة والتوقيع. والتوقيع قد يكون بالإمضاء أو البصمة أو الختم.

---

(١) وتقابلها المادة ٣٧ / ١ من قانون الإثبات الاتحادي.

ويجمع الفقه والقضاء على أن التوقيع بالإمضاء يجب أن يكون مكتوباً بخط اليد.

لكن التوقيع بالإمضاء بهذا المعنى التقليدي اختفى أو كاد في الواقع العملي. ويرجع ذلك -أصلاً- إلى إدخال الحاسب الإلكتروني في مجال المحاسبة والإدارة. فالتوقيع «التقليدي» يقف عقبة أمام إدخال «الآلية» في مجال المعاملات. ولذلك كان طبيعياً أن يتجاوزه الواقع العملي. وهكذا اتجه الواقع إلى البحث عن «بديل» للتوقيع التقليد يستطيع أن يقوم بذات الدور، ويمكنه التكيف مع وسائل الإدارة الحديثة وقد وجد هذا «البديل» في صورة رقم سري أو كلمة سر.

ويتميز الرقم السري من حيث إنه أكثر سرعة من التوقيع التقليدي، إذ يمكن التعاقد عن بعد à distance بواسطة الرقم، بينما يتطلب التوقيع التقليدي الانتقال لمكان التعاقد. كما أنه -من ناحية أخرى- يتلاءم تماماً مع إدخال الحاسب الإلكتروني في معظم مجالات الحياة العملية.

وأخيراً فإنه يقوم بذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي، وربما بدرجة أفضل، من حيث كونه وسيلة لتحديد «هوية» الموقع، ودليلاً على إرادته الالتزام بمضمون السند.

وبالرغم من ذلك، فإنه يصعب -في ظل قواعد الإثبات الحالية- قبول الرقم كبديل للتوقيع التقليدي في بعض الحالات خصوصاً بالنسبة لمخرجات الحاسب الإلكتروني. فالقانون يشترط أن يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة، والإمضاء لايكون إلا بخط يد الموقع، ومن ثم فالرقم -مهما كانت مزاياه- لايعتبر من قبيل الإمضاء، كما أنه ليس -بداهة- ختماً أو بصمة. ولعل عدم قبول الرقم السري كبديل للتوقيع التقليدي

بالنسبة لمخرجات الحاسب الإلكتروني هو السبب الرئيسي في عدم قبول هذه المخرجات في الإثبات بوجه عام.

ويعتقد الباحث أنه يجب تعديل نصوص قانون الإثبات بطريقة تسمح بقبول أي إجراء، خلاف الإمضاء أو الختم أو البصمة، طالما أنه يقوم بذات الدور الذي يقوم به التوقيع بوجه عام. فليس المهم شكل التوقيع، وإنما المهم هو جوهره والدور الذي يلعبه، والحكمة منه. ويجب لذلك تعديل المادة ١٣ إثبات كويتي [(١)] على الوجه التالي: «تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقّعها مالم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو توقيع...» وتبدو فائدة هذا التعديل أنه لم يحدد شكلاً معيناً للتوقيع: إمضاء، أو ختماً أو بصمة، وإنما جاء لفظ «التوقيع» عاماً بحيث يستوعب أي إجراء يؤدي الغرض من التوقيع. وقد يكون هذا الإجراء رقماً أو أي شكل آخر.

٣- حجية الصورة:

فرق القانون في دولة الإمارات والكويت ومصر بين «صورة» الأوراق الرسمية، وصورة الأوراق العرفية: فصور الأوراق الرسمية لها -إذا لم يوجد أصل الورقة- حجية الأصل في حدود وبشروط معينة، بينما «صور» الأوراق العرفية ليس لها في ذاتها أية قيمة في الإثبات. وقد أدى ذلك إلى عدم قبول بعض مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات باعتبارها «صوراً» وليست أصولاً.

ويرى الباحث أن من الملائم تعديل نص المادة ١١ إثبات كويتي (وتقابلها المادة ١٣ إثبات مصري والمادة ٩ / ١ اثبات اتحادي) بطريقة تؤدي إلى تطبيقها على صور المحررات عموماً سواء كانت رسمية أو عرفية. ولايرى مبرراً مقنعاً لقصر نطاق تطبيق

---

(١) وتقابلها المادة ١١ إثبات اتحادي.

المادة ١١ على صور الأوراق الرسمية وحدها، وإنكار كل قيمة لصور الأوراق العرفية. وإذا كانت الثقة في الموظف العام هي التي تبرر التفرقة -من بعض الوجوه- بين حجية الورقة الرسمية وحجية الورقة العرفية، فليس هناك -في نظر الباحث- مايبرر التفرقة بين حجية صور كل منها. وإمكانية التلاعب في استخراج الصورة قائمة بنسبة متساوية سواء كان الأصل ورقة رسمية أو ورقة عرفية. ولذلك يجب توحيد حكم «الصور» بوجه عام دون تفرقة بين صور الأوراق العرفية وصور الأوراق الرسمية.

وبذلك يرى الباحث تعديل نص المادة ١١ إثبات كويتي (وكذلك نص المادة ١٣ إثبات مصري) على الوجه الآتي: «إذا لم يوجد أصل الورقة كانت الصورة حجة في الحدود التالية..». وهكذا تكون للصورة حجية الأصل -في حالة عدم وجوده- بصرف النظر عما إذا كان الأصل ورقة رسمية أو عرفية. لكنه يجب وضع بعض الضمانات للتأكد من عدم وجود غش أو تلاعب، ومن مطابقة الصورة للأصل. فإذا لم تتوافر هذه الضمانات أو الشروط فإنه يمكن -حينئذٍ- إعطاء الصورة حكم «بداية» الثبوت بالكتابة. ومن هذه الضمانات أن تكون الصورة مقروءة وثابتة ودائمة ومطابقة. يستوي بعد ذلك أن تكون ورقية أو بلاستيكية أو ممغنطة. .إلخ. ويجب أن تقبل «الصورة» القراءة دون حاجة إلى استخدام أجهزة خاصة لذلك. ولايحبذ الباحث إدخال مصطلحات فنية في نصوص القانون، أو الارتباط بأسلوب تقني معين في عمل الصورة. فالوسائل التقنية سريعة التغير، بينما الأصل في نصوص القانون الثبات.

وتبدو فائدة هذا التعديل واضحة من ناحيتين:

إمكانية قبول بعض مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات بالرغم من كونها صوراً وليست أصلاً إذا توافرت لها بطبيعة الحال الشروط والضمانات التي يقررها

القانون. كما يمكن -من ناحية أخرى- حل مشكلة الأرشيف حلاً جذرياً. فالقانون، يلزم التاجر - فرداً كان أم شركة- بحفظ دفاتره التجارية والمستندات والمراسلات والبرقيات التي يتسلمها وكذلك «صور» المستندات التي يرسلها. و هذا الالتزام يشكل عبئاً ثقيلاً على البنوك والشركات والإدارات من حيث مكان الحفظ والوقت والجهد الذي سيستغرقه استرجاع هذه المستندات. وقد اتجه كثير من البنوك والشركات إلى التفكير في ضغط هذا الكم الهائل من الأرشيف وذلك باستخدام الحاسب أو الميكروفيلم «العادي» والميكروفيلم Com. ولكن المشكلة الحقيقية التي تقف أمام هذا الحل العملي هي أن القانون يلزم التاجر بحفظ «أصل» المستندات، بينما الميكرو فيلم أو مخرجات الحاسب «صور»، الأمر الذي يجعل التاجر مخلاً بالتزامه بالحفظ.

ولاريب -كما يقرر الباحث- في أن إعطاء «الصورة» بوجه عام حجية الأصل في الإثبات سيفتح المجال أمام البنوك والشركات في تحويل مستنداتها ودفاترها إلى ميكروفيلم دون أن تخشى إخلالها بالالتزام بمسك الدفاتر وحفظها، طالما أن «الصورة» (الميكروفيلم أو مخرجات الحاسب) ستكون لها ذات حجية الأصل في الإثبات. فليس من المقبول أن نسمح بحلول «مخرجات» الحاسب محل الدفاتر والمستندات التجارية دون أن نضفي على «الصورة» بوجه عام حجية وقيمة في الإثبات خصوصاً بعد التخلص من الأصل. إذ لامعنى لاحتفاظ التاجر بالأصل بعد تحويله إلى ميكرو فيلم مثلاً..

٤- مسك الدفاتر التجارية وحفظها:

يُلزم القانون التاجر بمسك محاسبة يومية وسنوية. وتتمثل المحاسبة اليومية في دفتر اليومية والمحاسبة السنوية في دفتر الجرد. ولايلتزم التاجر فقط بمسك هذه الدفاتر

وإنما أيضاً بحفظها وحفظ المستندات التجارية الأخرى لمدة زمنية معينة.

وبالرغم من أن القاعدة هي حرية الإثبات في المسائل التجارية، إلا أن الالتزام السابق بشقيه يجب -كما يقول الباحث- تعديله. فوضع شروط «عفى عليها الزمان» لمسك الدفاتر التجارية تقف عقبة أمام الأخذ بالوسائل الحديثة في المحاسبة. ومن هنا يبدو دفتر اليومية غير ملائم إطلاقاً لإدخال الحاسب الإلكتروني في مجال المحاسبة. ومن ثم أصبح اختفاؤه أمراً ضرورياً خصوصاً أنه لا يضيف أي ضمانة ضرورية، ولم يحقق الغرض المنشود.

ويقترح الباحث أن يحل محله، أو يُضاف إليه، سجل زمني مسلسل للمستندات والمعاملات المحاسبية، ويجب أن يتم التسجيل يومياً. لكن وسيلة التسجيل يجب أن تترك لاختيار التاجر نفسه مع وضع بعض الضمانات ضد احتمالات الغش والتلاعب. وهكذا يمكن أن يكون هذا السجل يدوياً، أو إلكترونياً، كما قد يكون في صورة ميكروفيلم. ومن ثم يجب -كم يرى الباحث- إلغاء شرط الترقيم والتوثيق الذي تنص عليه المادة ٣٠ / ٢ من قانون التجارة الكويتي بقولها: «ويجب قبل استعمال دفتري اليومية والجرد أن ترقم كل صفحة من صفحاتهما، وأن يُختم على كل ورقة فيهما كاتب العدل». ولاريب من أنه يستحيل في ضوء مثل هذا الشرط الأخذ بالأساليب الحديثة في تنظيم المحاسبة. ولهذا جرى العمل على أن يدون التاجر عملياته وحساباته في كشوف مستقلة دون أن يلتزم بمسك دفتر اليومية الأصلي.

ولاشك في أن كل تاجر سيحرص على ا لدقة في مسك حساباته، وإلا كان معرضاً لاعتبارها غير منتظمة، ومن ثم عدم الأخذ بها في الإثبات، فضلاً عن توقيع الجزاء الذي وضعه القانون لذلك.

أما بالنسبة لحفظ المستندات المحاسبية، فإن إضفاء حجية الأصل على «الصورة» كفيل بحل هذه المشكلة.

ثانياً: حلول عملية:

تلخص فيما سبق تصور الباحث - العام- لبعض المقترحات التي يمكن الأخذ بها تشريعياً لحل مشكلة حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات، فالقانون، باعتباره انعكاساً لواقع المجتمع، يجب أن يتطور بتطور هذا الواقع، وإلا انفصل القانون عن واقعه، وأصبح غريباً عنه دخيلاً عليه.

لكن تدخل المشرع قد يتأخر لسبب أو لآخر. وهنا يأتي دور الفقه والقضاء لمحاولة «تطويع» نصوص القانون لاستيعاب التغيرات التي تطرأ على المجتمع ولو جزئياً. ومن هذا المنطلق يقترح الباحث بعض الحلول التي يمكن الأخذ بها في ضوء قواعد الإثبات الحالية.

وإذا كانت الصعوبة الحقيقية في حجية «مخرجات» الحاسب الإلكتروني تكمن في قاعدة عدم جواز إثبات التصرفات القانونية، كقاعدة، إلا بالكتابة. فوسيلة الإثبات الوحيدة المقبولة-هنا- هي الكتابة، أي الدليل الكتابي الكامل. وإذا كانت -أيضاً- عناصر الدليل الكتابي الكامل-وخصوصا عنصر التوقيع- لاتتوافر، غالباً، بالنسبة لمخرجات الحاسب. كما أن غالبية هذه المخرجات هي -في حقيقة الأمر- صور وليست أصلاً، ولاحجية -كقاعدة- للصورة في الإثبات. فإن تفكير المؤلف اتجه إلى البحث في الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم جواز إثبات التصرفات القانونية إلا بالكتابة. فالمشرع، في مصر والكويت، قد أورد بعض الاستثناءات على المبدأ السابق. وتؤدي هذه الاستثناءات، إذا توافرت شروطها، إلى الأخذ بمبدأ الإثبات الحر، ومن ثم جواز

إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن، فإذا ما استطعنا -بالتالي- إثبات توافر أحد هذه الاستثناءات بالنسبة لمخرجات الحاسب الإلكتروني، أمكن -حينئذٍ- الأخذ بها في الإثبات.

وقد انتهى الباحث إلى توافر الاستثناءات التالية في حالة التعامل بالحاسب الإلكتروني:

١- اعتبار التعامل بالحاسب مانعاً بحكم العادة:

أجاز القانون، في مصر والكويت، إثبات التصرف القانوني بكافة طرق الإثبات إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

وقد استقر الفقه والقضاء، على أنه إذا جرت العادة على عدم إعداد دليل كتابي كامل في نوع معين من المعاملات، ولو لم تكن ثمة استحالة مادية أو أدبية تمنع من إعداد دليل كتابي، فإن هذه العادة تُجيز -حينئذٍ- الإثبات بكافة طرق الإثبات. وهو مايُسمى المانع بحكم العادة.

وقد انتهى الباحث إلى اعتبار التعامل بالحسب الإلكتروني مانعاً بحكم العادة من إعداد دليل كتابي كامل، فقد انتشر الحاسب انتشاراً هائلاً في معظم مجالات الحياة. واعتاد الأفراد على التعامل من خلاله في كثير من المعاملات. واعتادوا – في هذه الحالة- على الاكتفاء بمخرجات الحاسب كدليل على إنجاز معاملاتهم. ومن ثم يجب اعتبار التعامل من خلال الحاسب في ذاته مانعاً من إعداد دليل كتابي كامل، إذ لولا انتشار الحاسب والاعتياد على التعامل بوساطته لكان في الإمكان إعداد دليل كتابي.

ويترتب على ذلك الأخذ بمبدأ الإثبات الحر، وإثبات الواقعة محل النزاع بكافة طرق الإثبات. ويمكن -حينئذٍ- للقاضي أن يعتد بمخرجات الحاسب في تكوين عقيدته قبل

إصدار حكمه.

٢- اعتبار مخرجات الحاسب «بداية» ثبوت بالكتابة:

نص المشرع، أيضاً، على جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات إذا وجد «بداية» أو مبدأ ثبوت بالكتابة. ويعتقد الباحث أنه يمكن بسهولة اعتبار بعض مخرجات الحاسب الإلكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة، وهي المخرجات المكتوبة كالأشرطة والبطاقات المثقبة، والاستمارات الورقية المتصلة إذا كانت -بطبيعة الحال- تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال.

أما بالنسبة لبقية مخرجات الحاسب الإلكتروني، وهي المخرجات غير المكتوبة، مثل الأشرطة والأسطوانات الممغنطة، فلا يتوافر فيها شرط «الكتابة». فمبدأ الثبوت بالكتابة هو كتابة تصدر عن الخصم من شأنها أن تجعل الأمر المدّعى به قريب الاحتمال. لكن القضاء فسر شرط الكتابة تفسيراً واسعاً لدرجة يمكن معها القول بأنه أصبح غير موجود. وفي ضوء هذا التفسير يمكن اعتبار كافة مخرجات الحاسب مبدأ ثبوت بالكتابة حتى ولو لم تكن مكتوبة.

ويترتب على اعتبار مخرجات الحاسب الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة نتيجتان: الأخذ بمبدأ الإثبات الحر، ومن ثم جواز الإثبات بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، كما يمكن-من ناحية أخرى- اعتماد مخرجات الحاسب كدليل إثبات يكفي لتكوين عقيدة القاضي إذا عُزز بالبينة أو القرائن. أي أن مخرجات الحاسب تلعب -هنا- دوراً مزدوجاً: استبعاد مبدأ عدم جواز إثبات التصرفات القانونية -كقاعدة- إلا بالكتابة، واعتبارها دليلاً يقوم مقام الكتابة إذا تم استكماله بالبينة أو القرائن.

❑❑❑

Contents

- **Objectives and Publishing Rules of the Journal**............... D - E
- **Preface**
  by Pr. Dr. Editer in Chief 13

Refereed Researches & Stydies.

- **Status of Collective Reasoning (Ijtihad) in Islamic Jurisprudence.**
  Professor Dr. Mahmoud Ahmad Abu-Leil 17-84
  Abstract in English 83-84
- **Distribution of Power in the Federal Systems of the United Arab Emirates and the Federal Republic of Germany.**
  Dr. Hadif Rashid Alowais 85-173
  Abstract in English 172-173
- **Compensation For the Demise of Employee**
  Dr. Jasim Ali Alshamsi 175-233
  Abstract in English 233
- **Categories of Militarized Civilians and Provision for Killing Them Upon Relinquishing Fighting**
  by Dr. Hassan Abdul Ghani Abu Ghuddah 235-302
  Abstract in English 302-303

Section for Review of Judicial Principles and Scientific Writings.

- **Combinaticn of Blood Money and Compensation in the Supreme Court Judgements.**
  Review by Mr. Osaid Mohd Adeeb Kailni 307-314
- **Review of " Computer & Law" book, Compiled by**
  Pr. Dr. Mohd. El-Mursi zahrah 315-327

and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and the law.

2- Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

3- Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

4- Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited properly .

5- Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.

6- Contributions should be free from any linguistic and spelling errors, numbered in the Arabic stylc.

7- Contributions should be typed on a typewriter, computer or clearly hand -written. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.

8- Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .

9- All Contributions are subject to confidential review by outside referees.

11 - Decision taken about suitability of article for publication slall be communicated to authors withim a maximum period of two months from the date of their arrival.

12 - Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .

13 -Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

a - the importonce of the topic to UAE society.

b - Date of article's arrival .

c - Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed annual publication The objectives of the journal are as follows :

1- Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.
2- Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.
3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.
4- Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental issues as relatd to above topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .
5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

(b) Publishing Rules :

1- The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine

Editorial Board

IN THE NAME OF
ALLAH,
MOST GRACIOUS,
MOST MERCIFUL





United Arab Emirates University

JOURNAL OF SHARI'A AND LAW



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

- Status of Collective Reasoning (Ijtihad) in Islamic Jurisprudence.
- Distribution of Power in the Federal systems of the United Arab Emirates and the Federal Republic of Germany.
- Compensation For the Demise of Employee.
- Categories of Militarized Civilians and Provision For Killing Them Upon Relinquishing Fighting

ISSUE NO 11/ MOHARAM 1419 - APRIL 1998